

JUG
MZA
PX

Zeitschrift

für

Rechtsgeschichte.

Herausgegeben

von

D. Rudorff und D. Bruns in Berlin, D. Roth in München,
und D. Böhlau in Rostock.

Sechster Band.

Weimar
Hermann Böhlau
1867.

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

Inhalt des VI. Bandes.

Preis-Aufgaben der Rubenow-Stiftung.

Da die von uns auf Grund der bei hiesiger Königl. Universität bestehenden Rubenow-Stiftung unter dem 6. December 1861 ausgeschriebenen beiden Preis-Aufgaben*) ohne Beantwortung geblieben sind, wir dieselben aber auch jetzt noch als der Bearbeitung werth und zeitgemäß erachten, so wiederholen wir sie für die bevorstehende fünfjährige Periode.

Die um die Preise sich bewerbenden Schriften sind in deutscher oder französischer Sprache abzufassen und bis spätestens am 1. März 1871 an den Rector und Senat hiesiger Königl. Universität adressirt hierher einzusenden. Sie dürfen den Namen des Verfassers nicht offen enthalten, sondern sie sind mit einem Wahlspruche und einem versiegelten Briefe zu versehen, in welchem der Name geschrieben und auf welchem derselbe Wahlspruch zu lesen sein muß. Die Zuerkennung der Preise erfolgt am 17. October 1871.

Als Preise setzen wir nunmehr für die würdig befundene Arbeit je 600 Thlr. Gold oder 680 Thlr. preuß. Courant fest, jedoch mit der Maßgabe, daß, wenn Eine der Aufgaben gar nicht oder nicht genügend, die Andere aber in vorzüglichem Grade gelöst werden sollte, der Preis für diese Andere bis auf 1000 Thlr. Gold oder 1133⅓ Thlr. preuß. Courant gesteigert werden kann.

Greifswald, im Januar 1867.

Rector und Senat
hiesiger königlicher Universität.

---

*) Dieselben sind im 1. Bande dieser Zeitschrift SS. 481 f. abgedruckt.
H. B.

Geschichte des kaiserlichen Wassergerichtes in der Wetterau.

Von

Herrn Hofgerichts-Rath Dr. Friedrich Zimmermann zu Gießen.

---

§. 1.

Geschichtliche Uebersicht.

Jacob Grimm macht in seinen deutschen Rechts-Alterthümern[1]) auf ein Wetterauer Weisthum wegen einer schönen Bestimmung in demselben aufmerksam, und theilt dasselbe auch in seinen Weisthümern[2]) mit, wobey er jedoch bedauert, daß er nur einen mangelhaften Text aus Cramer's Wetzlarer Nebenstunden[3]) habe benutzen können. Es wird daher nicht ohne Interesse seyn, wenn dasselbe nach einer im Haus- und Staats-Archive zu Darmstadt befindlichen Urkunde aus dem Kloster Marienschloß oder aus den Acten der ehemaligen kaiserlichen Burg Friedberg unter Vergleichung zweier späteren Redactionen mitgetheilt wird. Zugleich konnten aus den Acten des ehemaligen kaiserlichen Reichshofrathes zu Wien, sowie aus den authentischen Protocollen des kaiserlichen Wassergerichtes selbst, welche in zwei Folio-Bänden

---

[1]) Bd. I. S. 79.

[2]) Th. III. S. 463.

[3]) Th. 23. Abh. II S. 59 fg. Th. 75 Abh. I. S. 1 fg.

von 1676 bis 1785 reichend, im Archive der Oberbaudirection zu Darmstadt aufbewahrt werden, die bis jetzt bekannt gewordenen Nachrichten⁴) über dieses in seiner Art einzige kaiserliche Gericht Berichtigungen und Ergänzungen erhalten.

In dem Gau Wettereiba, dessen Name sich bis auf den heutigen Tag in der Benennung Wetterau für den Bezirk nördlich von Frankfurt a./M. bis in die Nähe von Gießen zwischen Taunus und Vogelsberg erhalten hat, waren, ungeachtet der Ausbildung der Landeshoheit der benachbarten Reichsfürsten, noch einige mit dem Kaiser und Reiche unmittelbar zusammenhängende Corporationen und Institute bis zu dem Untergange des deutschen Kaiserreiches bestehen geblieben. So die kaiserliche Reichsburg Friedberg mit ihrem Burggrafen und ihren zahlreichen Burgmannen hauptsächlich aus dem Adel der freien Reichs-Ritterschaft des mittelrheinischen Kreises diesseits des Rheines in der Wetterau und zugehörigen Orten; so die freie Reichsstadt Friedberg. So endlich das kaiserliche und des heiligen Reiches Wasser-Recht Wetterauischen Bezirkes, dessen Erkenntnisse und Setzungen von Eichpfählen für die Mühlen in der Wetterau für die Gerichte noch bis auf den heutigen Tag maßgebend sind und noch lange Zeit bleiben werden.

Ueber den ersten Ursprung dieses Gerichtes findet sich in dessen Weisthume oder Ordnung in der Redaction aus dem Ende des 16. Jahrhunderts die Notiz, daß die Wasserherrn und Richter zur Zeit des Kaisers Friedrich's III. (von 1439 bis 1493) Grafen der Wasser genannt worden seyen, und daß die Kaiserliche Majestät aus besonderer Gnade dem uralten adeligen Stamme der Waisen von Fauerbach des Reiches Oberkeit, Herrlichkeit und Gerechtigkeit über die kaiserlichen freien Reichs-Wasser-Herrn und Richter zu Stamm- und Erblehn verliehen habe. Dieses Geschlecht nannte sich ursprünglich oder sie waren Voigte von

---

⁴) In v. Cramer's Wetzlarer Nebenstunden Th. 30. Abh. V. S. 85 fg. — Vogelsang (praes. Liebknecht) De iis, quae circa patos terminales aquarum aequa sunt. Gissae 1728. cap. II. §. 8. pag. 30. — Joh. Conr. Hallwachs. Commentatio de centena illimitata. Francofurti ad Moenum 1746. pag. 83. — Ferd. Rud. Christ. Dan. Schazmann (Archivar der kais. Burg Friedberg) 1799 in Justi's Vorzeit für 1824. S. 199 fg. — Zu einer volksthümlichen Erzählung wurde das Wassergericht benutzt von Glaubrecht (Oeser). Das Wassergericht, herausgeg. von Diegel. Frankfurt 1860.

Fauerbach. Nach einer Sage, die in einer Urkunde aus der Zeit Rudolph II. näher angegeben wird, war der Stamm ausgestorben, bis auf ein adeliges Weib, welches hoch schwanger gewesen, auch in Kindesnöthen verschieden, und noch eine lebendige Frucht bei sich gehabt habe, so durch geschickte Aerzte geöffnet, bei ihr ein Knäblein lebendig befunden, weßhalb die Obrigkeit, weil solch' Kind ein Waislein gewesen, dem Geschlechte den Zunamen: Waisen gegeben habe. In der That findet sich in einer Urkunde aus dem Archive des Klosters Arnsburg [5]) v. 29. Januar 1282 ein Zeuge vor: Eberhardus *dictus* Orphanus, ferner in Urkunden von 1303. 1304. 1305. 1310. Später nennen sie sich Weyse oder Wayße von Furbach, Ritter [6]). Aus diesem angesehenen Geschlechte wurden in der Zeit von 1367 bis 1504 durch die Burgmannen zu Friedberg, zu denen es gehörte, vier Mitglieder zu Burggrafen erwählt. Der erste dieser Burggrafen, Eberhard Wayß von 1367 bis 1380 (der 23. in der Reihe der 51 Burggrafen) hatte im Jahre 1380 von dem Kaiser Wenzel das Hauß zu Dorheimb (jetzt kurhessischer Ort nahe bey Friedberg in der Wetterau) welches vormals sein frey eigen gewesen, das er aber dem Kaiser und Reiche zu Lehen aufgetragen hatte, zu Reichslehen empfangen. In dem Lehnbriefe stand, daß Weyß und seine rechten Lehens- Erben, Söhne, dieweil die und ir Erben Mannesgeschlechts leben, ewigklich die obgeschriebene güetter von Uns und dem Reich zu rechtem Lehen haben, halten und besitzen sollen. , Geschehe auch, daz er, seine Söhne und ihr Erben alle abgiengen, also das von seinem Stammen Mannesgeschlechts nit mehr verblieb, so sollen dieselbe güetter auf seine Töchter und ihre Erben, die dan leben werden, sterben und gefallen, were auch,

---

[5]) Ludw. Baur. Urkundenbuch des Klosters Arnsburg in der Wetterau 1849. Nr. 190. 327. 335. 395; vgl. auch *Gudemus*. Codex diplomat. T. IV. p. 978.

[6]) Im Wappen hatten sie einen Löwen und in den beiden Helm-Flügeln waren ebenfalls zwei Löwen. In Winckelmann's Beschreibung der Fürstenthümer Hessen und Hersfeld Th. II. S. 162. findet sich folgende Beschreibung:

Weisi terribilem referunt insigne leonem
Alas praeterea cumque leone duas.
Die Weisen von Faurbach führen einen bösen Löwen.
Mit ausgestrecktem Schwanz, davor man sich mag scheuen.
Im Helm zween Flügel, drin zwen tapfere Löwen sind.
Ein kühner Muth ist gegen seinen Feind entzünd.

daz dieselben seine Töchter und ihre Erben alle stürben und abgiengen, so sollen die obgenannt güetter auf die nechsten Erben von seinem Stamm, die zu den Zeiten dazu geborn seyn, erben und gefallen. Auch sollen die Höfe, die bey dem Hause gelegen seyn, da die Landtsydel insitzen und dz dorf Beyenheim forbaß ewiglich frei bleiben, als daß von Alters herkommen ist, unschedlich doch der Weysen in demselbigen Dorf zu Beyenheim an ihrer Vogtey." — Hiernach ist in dem ersten Lehnbriefe für die Linie des Geschlechts der Weyse zu Dorheim, die Gerechtigkeit über die Flüsse und Bäche in der Wetterau noch nicht erwähnt, und es ist daher möglich, daß erst unter Friedrich III., der am 15. Aug. 1442 in Friedberg unter dem Geleite der Burgmannen mit ihren 700 Reisigen eingezogen war, jener Gnaden-Act der Beleihung mit dem Amte des Vorsitzes über die ohne Zweifel schon längst vorhandenen Wassergrafen vollzogen wurde. Jedenfalls muß Friedrich III. in irgend einer Beziehung zu den Wassergrafen und den Weysen gestanden haben, sonst würde er in der Wasser-Rechts-Ordnung nicht besonders erwähnt worden sein. Der letzte Weys der Dorheimer Linie, Eberhard, war im Jahre 1558 kinderlos verstorben, und das Reichslehn Dorheim ging nun auf den Grund eines Burgfriedens von 1514 zwischen den Brüdern und Vettern Weyß auf die Söhne einer Tochter des Johann Weiß, Katharina Ehefrau des Jobst Rauhe von Holtzhausen über. In dem zu Augsburg am 26. Juli 1559 von Kaiser Ferdinand I ertheilten Lehnbriefe, wodurch Jobst Rauhe von Holtzhausen Oberamtmann der Grafschaft Catzenelnbogen als Lehnträger für seine Söhne und an derer Statt beliehen wurde, ist zuerst unter den Lehnsgegenständen aufgeführt: und darzu die Oberkeiten mit den Wassern, Weyern[7]), auf der Wedder, auf der Use und auf der Nidde. Nach dem Tode dieses Lehnträgers baten dessen Söhne Johann Adloff, Jost und Burkhardt Rauhen von Holtzhausen zu Nordecken und Dorheim bei dem Kaiser Maximilian II. um weitere Belehnung, welche denn auch am 4. Mai 1566 erfolgte. Der nachfolgende Kaiser Rudolph II. verlieh im Jahre 1582 dem Jost Rau von Holtzhausen, Kurmainzischem Amtmann zu Amöneburg und Neuenstatt, dieses Reichs-

[7]) Dieß muß nach dem Inhalte der Wassergerichts-Ordnung heißen: weygern = wiegern.

lehn, jedoch nur für seine Person, ohne Erwähnung von dessen Erben. Dieser Vasall erwirkte auch die kaiserliche Bestätigung oder doch Erneuerung der Wassergerichts-Ordnung, wie in dieser selbst angeführt wird. Nach dessen am 13. Januar 1607 kinderlos erfolgten Tode entstand Streit über die Succession in das Lehn. Der letzte Vasall hatte zwar schon im Jahre 1596 in Verbindung mit seinem Geschwisterkinds-Vetter Johann von Dorfelden um eine Eventual-Belehnung oder doch um Ertheilung einer Lehens-Expectanz gebeten, allein der Kaiser Rudolph II. erklärte das Lehn für wiederum frei, ledig, eröffnet und heimgefallen und verlieh es schon am 24. April 1607 einem völlig Fremden, nehmlich seinem Geheimen Rathe und des heiligen Reiches Vicecanzler Leopold von Stralendorff, wie es im Lehnbriefe heißt, um seiner treuen, gehorsamsten, embsigen und geflissenen Dienst willen, so er dem Kaiser und heiligen Reiche bisher treulich und unverdrossen erzeiget und bewiesen habe. Während der Erledigung des Lehns war der Landgraf Ludwig (V.) zu Hessen-Darmstadt und Philipp Ludwig Graf zu Hanau als kaiserliche Kommissarien bestellt worden. Da von Stralendorff von den nächsten Verwandten des letzten Besitzers im Besitze beunruhigt wurde, so entstand bei dem Reichshofrathe in Wien ein weitläufiger Proceß, der zwar durch Urtheil v. 2. Nov. 1628 in possessorio zu Gunsten der von Stralendorff entschieden wurde, der aber doch wegen vorbehaltenen petitorii zu einem Vergleich vom 19. Okt. 1630 führte. Danach sollte die Rauische Familie Dorheim als Unterlehen (subfeudum) von den v. Stralendorff empfangen und nach dem Aussterben der letzteren im Mannes-Stamme dasselbe wieder als unmittelbares Reichslehen vom Kaiser und Reiche erhalten, wogegen v. Rau 24000 fl. zahlen solle. Dieser Vergleich wurde von dem Kaiser Ferdinand II auch bestätigt und am 19. Febr. 1631 Landgraf Georg II. von Hessen-Darmstadt als des Kaisers hochgeborner lieber Oheim damit beauftragt, den von Rau vollständig in den Besitz von Dorheim zu setzen und den Lehenseid den von Rau als Unterlehensleuten abzunehmen. Endlich am 5. März 1662 verzichteten die von Stralendorff gänzlich auf ihre Ansprüche, nachdem sie statt der ursprünglich festgesetzten 24000 fl. für Rechnung des Johann Adolph Rauw von Holtzhausen die Summe von 14000 fl. erhalten hatten. Dieser Geldbetrag wurde in jener geldklemmen Zeit, (wie es in der

deßfallsigen Vorstellung heißt) dadurch beschafft, daß das Rauische Gut, Hof-Graß genannt, an einen gewissen Joh. Christian Fabricius, Rath der freien unmittelbaren Reichs-Ritterschaft Rheinischen Kreises, am 9. Oct. 1659 verkauft worden war.

Von nun an blieb das Reichslehn Dorheim nebst der dazu gehörigen Obrigkeit über die Flüsse in der Wetterau unausgesetzt bey der Familie von Rau, deren Senior von Kaiser Leopold I. nun wieder direct am 8. Febr. 1664 beliehen wurde[8]). Bald darauf, im Jahre 1669 theilte diese Familie die Güter, und hierbey fiel Nordeck an den älteren Sohn des Johann Adolph von Rau, und Dorheim sowie Beienheim an dessen jüngeren Sohn. Der erstere Philipp Adolph von Rau war vom Jahre 1685 bis 19. Juli 1692 der 41. Burggraf der kaiserlichen Burg zu Friedberg und der letztere Otto Rudolph von Rau zu Dorheim erneuerte im Jahre 1676 die Wassergerichts-Ordnung[9]). Der letzte Lehnbrief wurde am 17. Januar 1833 von dem Großherzoge Ludwig II. von Hessen-Darmstadt dem damaligen Familien-Aeltesten aus der Beienheimer Linie der v. Rauischen Familie zu Nordeck ertheilt, jedoch ist dabey bemerkt, daß die Wasser-Obrigkeit mit verliehen werde, „in so weit solche mit der jetzigen Staatsverfassung bestehen könne.“

---

§. 2.

Beschreibung des Gerichtes und des Verfahrens vor demselben.

I. Gerichts-Personal.

Der Erblehenträger der Reichs-Obrigkeit und Gerechtigkeit über die Flüsse in der Wetterau wurde als der Wasser-Gerichts-Obrist bezeichnet. In der ältesten Zeit führte derselbe den Vorsitz des Gerichtes selbst. Später aber wurde ein Wasserhauptmann durch den Lehnträger selbst bestellt und in Eidespflichten genommen, welcher nunmehr den Vorsitz führte und alle Ge-

---

[8]) Lünig. Reichs-Archiv. Tom. 12. Pars spec. cont. 3 sect. 3 pag. 94.

[9]) Das rothe Buch im Darmstädter Staats-Archive, die Wassergerichts-Ordnung von 1676 enthaltend.

schäfte leitete. Derselbe soll der Ordnung wissend und qualificirt, von guten, redlichen Leuten, eines ehrbaren, friedlichen, verschwiegenen Wesens seyn. Die Hauptmannschaft soll alsdann bey dem Stamme verbleiben, bis keine hierzu dienliche Person mehr daran zu finden ist[10]), in welchem Falle dem, so das Haus Dorheim inne hat, eine andere Person, die dazu tauglich, zu erwählen freistehen, doch der Wasser-Richter Rath dazu gebrauchen soll[11]).

---

[10]) Im Jahre 1757 erhob sich ein Streit in der Familie von Rau darüber, ob der jedesmalige Senior des ganzen Stammes oder der Inhaber des Dorheimer Gutes mit der Obrigkeit über die Flüsse in der Wetterau zu beleihen sey? Die Juristen-Facultät zu Marburg ertheilte in Bezug hierauf im Juli 1757 ihr, (in v. Cramer's Wetzlarer Nebenstunden Th. 30 Nr. 5. S. 85 fg. abgedrucktes) Gutachten dahin, daß hier ein kaiserliches Erbamt und nicht ein zum Gute als solchem gehöriges feudum jurisdictionis vorliege, wonach das Richteramt dem Geschlechts-Aeltesten allerdings gebühre, es könnte denn die Linie auf Dorheim darthun, daß die Lehnfolge-Ordnung aufgehoben oder wenigstens dem Geschlechts-Aeltesten nur die Verwesung und dem Besitzer von Dorheim die Bestellung der Wasser-Untergerichts-Beamten und die Beziehung der Einkünfte von diesem Gerichte dennoch zustehe. — Nach der obigen ganz deutlichen Stelle in der Wassergerichts-Ordnung konnte kein Zweifel darüber seyen, daß gerade der Besitzer von Dorheim auch die Beamten zu bestellen hatte, es unterblieb wohl deßhalb auch der Versuch des damaligen Seniors, aus der allgemeinen Beleihung als Vertreters der Familie weitere Folgerungen zu ziehen, die Gerichtsbarkeit blieb daher stets im Besitze des Inhabers von Dorheim.

[11]) Die Reihenfolge der Wasserhauptmänner war von 1581 an folgende:

1) Von 1581 bis 1615 Philipps Sohn zu Friedberg.
1) — 1615 — etwa 1630 Joh. Nicolaus Pflaum, von Stralendorff'scher Kellner zu Dorheim.
3) — etwa 1630 bis 1651 Ludwig Adolph Krug, Fürstl. Darmstädtischer Rentmeister zu Nidda.
4) 1651 Juli 24. Balthasar Stamm, deutscher Ordens-Verwalter zu Friedberg.
5) 1676 Juli 7. Johann Andreas Herpelius, Stadtschultheis zu Friedberg † 1692.
6) 1693 März 20. Johannes Schwalb, advocatus, notarius und Schöff zu Friedberg † 7. Nov. 1710.
7) 1714 Mai 14. Joh. Friedrich Schwalb, Sohn des Vorigen, jur. utr. licentiatus und Stadsyndicus zu Friedberg † 1730.
8) 1730 Juni 20. Johannes Schwalb, advocatus und notarius zu Friedberg.
9) 1738 Aug. 4. Johann Conrad Huth, advocatus und kaiserlicher notarius zu Friedberg † 1753.

Ferner soll das Gericht bestehen aus fünf Grafen der Wasser, oder, wie sie später genannt wurden, reichsfreien Wasser-Herrn und Richtern. Es sollen fünf fromme, ehrbare und verschwiegene Personen seyn, so deren Wassern, derselben Wägen und Kunst erfahren sind, aus fünf verschiedenen Herrschaften in der Wetterau, nehmlich aus je zwey Müllern aus fürstlichem Gebiete, Hessen-Darmstadt und Chur-Maintz, je zwey aus gräflichem Gebiete, Grafschaften Solms und Hanau, und einer aus reichsstädtischem Gebiete (Frankfurt oder Friedberg). Vor Zeiten war es gebräuchlich, daß dieselben von ihrer vier Anichen (Ahnen) geborne Müller seyen, jedoch wurden später auch andere taugliche Personen dazu genommen. Tritt ein Todesfall ein, so läßt der Lehnträger den Hauptmann und die übrigen Richter in das Schloß zu Dorheim kommen, dort einen neuen Richter erwählen und dieser soll alsdann von dem Lehnträger, oder in dessen Verhinderung von dem Hauptmann beeidigt werden. Sollte etwa der Berufene nicht Folge leisten, so ergeht ein Schreiben an dessen Herrschaft und an ihn selbst von der Römischen Kaiserlichen Majestät und Reichsgewalt wegen. Bleibt dieß ohne Erfolg, dann soll von Rau nochmals schreiben, sie seines hierin habenden Gewalts erinnern, und daneben der Poen, nämlich drei Mark löthkgeu Goldes [12]) verwarnen. Sollte aber auch dieses nicht fruchten, dann soll sich der Lehenträger an den Kaiser wenden.

---

10) 1753 Juli 30. Heinrich Friedrich Gebhardt, Stadt-Friedbergischer erster Consulent und Syndicus † 1761.

11) 1762 Juni 29. Ferd. Wilh. Weckherlin jur. utr. licentiatus, Reichsstadt-Friedbergischer erster Consulent und Syndicus, resignirte 1767.

12) 1767 Sept. 22. Daniel Runkel, Reichsstädtisch-Friedbergischer erster Consulent und Stadtsyndicus, resignirte 1779.

13) 1780 Juni 22. Ph. Lebrecht Koch, kaiserl. Burg-Friedbergischer Amtmann zu Büdesheim, resignirte 1797, nahm aber am 21. Juui 1800 noch den letzten Act des Wassergerichtes vor.

[12]) Eine Mark löthigen Goldes beträgt 72 Goldgulden; ein rheinischer Goldgulden ist gleich 2 Reichsthalern. Nach dem Leipziger 18 fl. Fuß wurde der Thaler zu 2 Gulden und der Dacat zu 4 fl. gerechnet; nach der Convenvention vom 21. Sept. 1753 dagegen die Cölner Mark fein Gold zu 283 fl. 5 kr. und $3^{47}/_{71}$ Pfenning und die Cölner Mark fein Silber zu 20 fl. ausgeprägt. —

Ein Gulden hatte 24 Schillinge; 1 Schilling ist = 9 Hellern. Ein Pfund Heller ist gleich 20 Schillingen. Ein Pfund Heller beträgt seit 1542 nur 45 Kr.; vor dem 13. Jahrhundert hatte es einen Werth von 3 Speciesthalern.

Im Nothfalle soll der Hauptmann für zwey Richter geachtet werden, so daß er mit drei Richtern gültig handeln kann. In minder wichtigen Sachen kann auch der Hauptmann mit zwey oder selbst nur mit einem Richter das Erforderliche vornehmen.

Der Hauptmann ist von allen Frohnden, Diensten und sonstigen bürgerlichen Beschwerungen befreit, wie auch seine Behausung gleich einem adeligen Sitze gefreiet seyn soll. Ebenso soll er Fug und Macht haben, mit Wein, Frucht und anderem zu handeln, ohne irgend eine Beschwerung. Des Stammes Nachkommen sollen gleichfalls gefreiet seyn. Endlich soll der Hauptmann zu jeder Zeit seiner Gelegenheit nach auf beiden gemeinen Wassern zu Dorheim und Fauerbach, darinnen den Nachbarn zu fischen vergönnet wurde, und von Alters Herkommen, zu fischen oder fischen zu lassen Macht haben.

Die Richter sollen der Frohn und Dienste, wie von Alters Herkommen, gefreiet seyn, auch sollen ihre Herrschaften sie nicht mit Diensten und Aemtern beschweren, so ihnen in ihrem Dienste als Wasserwieger hinderlich seyn könnten.

Ferner soll sich der Hauptmann mit einem guten vertraulichen Schreiber gefaßt machen, wie dem Gerichte auch gestattet ist, einen Gerichtsboten, dessen sie in werendem Amt zu allerhandt Nothdurft zu gebrauchen haben, auf der Partheien Kosten zu bestellen.

Die Gerichtspersonen haben eine Amtskleidung; der Hauptmann soll zu jeder Zeit vor seinem Abreisen zu einer Amtshandlung mit einem lindischen Rock oder Mantel und mit einer rothen Binde versehen, und die Richter mit einem lindischen Rock, gebührlichen Kaiserlichen und Reichs-Kennzeichen auf den Ermeln und mit einer rothen daffenden Binde gekleidet seyn. Später, etwa seit der zweiten Hälfte des XVII. Jahrhunderts trugen sie rothe Röcke, auf dem rechten Aermel das Reichs-Wappen und auf dem linken Aermel das Rauische Wappen.

Diese Kleidung wurde von dem Lehnträger gestellt.

Das Gerichts-Personal ist auf Gebühren angewiesen, für jede einzelne Amtshandlung ist eine Taxe aufgestellt. So kostet z. B. das Stoßen eines Eichpfahles drei Pfund Heller; denen, so den Pfahl stoßen, gebührten zwey Viertel Weines. Ein neu Wehr zu erkennen, dagegenüber ein Pfahl gehöret und stehet und frisch erkannt und geschlagen ist, kostet jede Ruthe zwey Pfund

Heller u. s. w. Nachdem es den Partheien deren Pfund Heller etwas viel getragen, so hatten sich jedoch die Richter schon im XVI. Jahrhunderte auf Zuthun der Waisen von Fauerbach dahin vergleichen lassen, daß dem Hauptmanne des Tages ohne seine Verehrung zwei Reichsgulden und jedem Richter des Tags ein Reichsgulden gegeben werden solle. Nach einer Rechnung aus dem Jahre 1711 wurden für das Schlagen des Eichpfahles zu Wisselsheim für Bemühung, Kostgeld, Pferdemiethe, Fourage, Botenlohn, Liberey an Band 78 Ellen, Pergament und Wachs für die Dauer von 2½ bez. 3 Tagen — 71 Fl. 8¾ alb. berechnet. Dagegen hatten allein die Zehrungskosten im Jahre 1623 in einer zwischen der Burg Friedberg und den beiden Brücken-Müllern zu Friedberg anhängigen Rechtssache die enorme Summe von 255 Fl. betragen. Seit 1736 wurden für den Hauptmann 5 Fl. per Tag, den Richter 3 Fl. 10 Kr. und den Gerichtsdiener 1 Fl. 22½ Kr. berechnet, worin Zehrung, Pferdemiethe und Fütterungskosten mit einbegriffen waren.

Dem Lehnträger selbst sollen, so oft er Hauptmann und Richter uff eines klagenden Theiles Begehren ausheischet, und in das Schloß und Haus zu Dorheim zusammenbringt, zehn Goldgulden, wie auch von einer neuen Mühle zu einem Gang zehn Pfund Heller gegeben werden.

II. Geschäftskreis.

Das Gericht hat nicht allein richterliche, sondern auch administrative Functionen, indem es zugleich die oberaufsehende und Polizey-Behörde über die Flüsse und Bäche bildet. So sollen an den Orten, wo Mängel und Gebrechen sind, die Wasser mit allem Fleiße besichtigt und bestochen werden; die Flüsse und Bäche sollen geräumt und alle Hemmnisse des Wasserlaufes entfernt, die Weite der Wehre und Fluthgräben bestimmt und deren Aufräumen angeordnet werden. Bey dem Bauen neuer Brücken soll der Rath der Richter eingeholt werden, damit die Bogen ihre rechte Weite nach der Stärke des Wassers bekommen möchten. Wo Wasser-Stuben anzulegen sind, soll deren Länge und Weite durch die Richter erkannt werden. Es soll auch auf den Wassern Wetterauischen Bezirkes, so Namen haben, keine neuen Mühlen ohne Erkenntniß des löblichen Wasserrechts gebauet werden, wie denn auch besonders die rechte Höhe und Länge der Wehre durch

den von den Richtern zu setzenden Eichpfahl bestimmt werden soll, der auch von Niemandem, als den Richtern, erhoben werden darf. Die hierbei vorfallenden Streitigkeiten sind von den Richtern zu entscheiden.

III. Competenz-Bezirk.

Das Gebiet, innerhalb dessen das Gericht seine Amts-Thätigkeit auszuüben hat, wird in einem Erkenntnisse von 1529 der damaligen Wasserweyger über einige Wasser-Gebrechen im Fürstlich-Darmstädtischen Amte Bingenheim dahin angegeben, daß es vom Mayn an bis auf den Hassenfurt reiche. In der zweiten Redaction der Gerichts-Ordnung wird angegeben: Dieweil die Wasser und Flüsse in der Wetterau auf den Grenzen des Landes zu Hessen ihren Ursprung und Lauf haben und bey dem Kurfürstlichen Schloß und Stadt zu Höchst in den Mayn laufen und ihre gewöhnliche Namen wieder verlieren, so solle der Kurfürst von Maynz als des Reiches Cantzlar und ein Landgraf an der Löhn uf den Nothfall die Execution von des Reiches wegen thun helfen. Danach war also die eigentliche Wetterau bis an den Vogelsberg, sodann ein Theil des Kinzig-Gaues bis nach Gelnhausen und Hanau, so wie ein Theil des Nidda-Gaues das Gebiet, in welchem das Gericht zuständig war. So wurde daher, als im Jahre 1621 das Gericht auf Ersuchen der Partheien sich nach Alsfeld begeben und dort einen Eichpfahl geschlagen hatte, dagegen von der hessischen Regierung protestirt und der Eichpfahl wieder ausgerissen.

So angesehen nun auch dieses Gericht in früheren Zeiten war und deßhalb auch in die Pfalz, nach Darmstadt und Maintz berufen wurde, um daselbst mit seinem Gutachten gehört zu werden, so wurde es doch besonders im Laufe des vorigen Jahrhunderts, in der Wetterau selbst, öfter mit Protesten empfangen. Ein gewaltthätiger Fall kam im Jahre 1710 vor und zeigt recht deutlich, wie schwach die Reichsgewalt war und was sich die kleineren Herrn gegen Schwächere ungestraft erlauben durften. — Der hochwürdige Prälat des Cisterzienzer Klosters Arnspurg hatte nehmlich das kaiserliche Wassergericht schriftlich ersuchet, daß der dasselbe seine mit dem Herrn Grafen zu Solms-Braunfels habende Streitigkeit entscheiden möchte; der Braunfelsische Müller in der neuen Mühle untig Muschenheim habe durch Erhöhung

des Fohebaumes um fünf Zoll der Muschenheimer Kloster-Mühle einen großen Schaden zugefügt. Da der Hauptmann Schwalb zu Friedberg krank daniederlag, so wurde dessen Sohn, der Stadtsyndicus Joh. Friedr. Schwalb, von demselben und dem Lehnträger bevollmächtigt, sich nebst einigen Richtern nach Muschenheim zu begeben. Der Substitut richtete daher an den Braunfelsischen Amtmann Behm zu Muschenheim eine schriftliche Notiz, daß des andern Tages das Gericht nach Muschenheim kommen werde und Jener deßwegen den Müller bedeuten möge, sich mit Aufdeckung des Pfahles und habenden Urkunden gefaßt zu machen. Der Wasser-Gerichts-Diener fand den Amtmann auf dem Felde, dieser nahm das Schreiben an, jagte aber bald darauf zurück und warf es dem Diener vor die Füße. Als des andern Tages, am 16. October 1710, der substituirte Hauptmann nebst drei Richtern in dem Wirthshause zu Muschenheim angelangt war und daselbst Namens des Klosters Arnsburg der Pater Raidtmeister und der Pater Bursarius erschienen waren, begehrte der Hauptmann von dem Schultheisen und dem ebenfalls im Orte anwesenden Amtmanne Behm, das Rathhaus zu eröffnen und dem Müller zu befehlen, daß er erscheine, damit man Klage und Antwort ordentlich anhören und nachher desto gegründeter den Augenschein einnehmen könne. Allein dieß wurde von dem Amtmanne abgeschlagen und durch den Actuar, Schultheiß und einen Gerichtsschöff gegen alle etwa vorzunehmende gerichtliche Acte protestirt, mit Vermelden, es sey jetzt zu spät im Jahre und außer der Zeit, es könne sich auch der Hauptmann nicht legitimiren. Der erste Einwand bezog sich darauf, daß in der Gerichts-Ordnung steht: Es sollen Hauptmann und Richter in ihrem Amt den Partheien zu richten und zu verhelfen, nicht mehr und nicht länger schuldig seyn, als fünf Monate des Jahres, nehmlich so uff Philippi Jacobi anfangen und Michaelitag endigen sollen. Obgleich nun der Hauptmann den Deputirten sofort durch die Gerichts-Ordnung nachwies, daß das Gericht, wenn es dem Antrage der Partheien Folge leisten wollte, an keine gewisse Zeit gebunden sey, sodann daß keine Legitimation nöthig wäre, übrigens diese aus dem Besitze der kleinen silbernen Wasserwaage und anderer ihm allein anvertrauten Instrumente hervorgehe, daß man endlich aus kayserlicher Macht dergleichen actus vornehme, so blieb es doch bey der Gegenprotestation, zu-

mal da man einige Soldaten durch das Dorf marschiren sah. Nachdem sich Alle in das Kloster Arnsburg zurückbegeben und dort das Mittagsmahl eingenommen worden war, persuadirte der Pater Raidtmeister die Gerichts-Personen, daß sie annoch einen Spaziergang mit ihm nach der Muschenheimer Mühle thun möchten. Dieß geschah. Sie kamen hierbey an die Braunfelsische neue Mühle, redeten daselbst ganz freundlich mit der Müllerin, so im Hofe stunde und nichts dann alles Liebs und Guts von sich hatte spüren lassen, gingen auch nur durch den Mühlenhof hindurch mit höflicher Abschiedsnehmung nach dem Kloster Arnsburg wieder zu. Kaum waren sie jedoch einige Schritte fortgegangen, so kamen zwey Soldaten mit Gewehr hinter ihnen her und ein Sergeant mit 10 oder mehr Soldaten über die Muschenheimer Brücke ihnen entgegen. Der Sergeant rief ihnen Halt! zu, er habe von dem Amtmann Behm Befehl, sie sämmtlich in Arrest zu nehmen. Auf ihre Remonstration, wie große Gewalt und Unrecht ihnen durch diesen Arrest widerführe, antworteten die Soldaten, sie müßten ihrer Ordre stricte nachkommen, hielten das Gewehr auf den Pater Raidtmeister und Andere los, und zwangen sie, mit nach Muschenheim zurückzugehen. Der Pater Raidtmeister begehrte hier nur dieses, mit dem Amtmanne nur ein einiges Wort zu reden, sandte deßhalb auch wohl zehn Boten zu demselben, allein es wurde ihm solches nicht willfahrt, die Soldaten zwangen ihn vielmehr, mit dem Gewehre auf ihn stoßend, mit den Gerichtspersonen in das Wirthshaus zu gehen und dort über Nacht zu bleiben. Sie wurden daselbst mit bloßem Degen bewacht, Keiner durfte vor die Thüre gehen, es seye dann, daß ein Soldat vor- und einer nachgegangen wäre. Sobald der Tag angebrochen, kamen andere Soldaten, um sie wegzuführen. Der Amtmann ließ sagen, daß der Pater Raidtmeister und der Hauptmann hiermit ihre Dimission haben, der letztere aber doch mit den Richtern nach Bettenhausen marschiren solle. Hier zeigte der Amtmann dem Hauptmanne einen von dem Herrn Grafen zu Braunfels eigenhändig unterschriebenen Brief vor, kraft dessen ihm befohlen worden, das Wasser-Gericht, wenn es die Wasser abmessen würde, in Arrest zu nehmen. Behm ließ sodann dem Hauptmann ein Bauern-Pferd kommen, auf welchem derselbe ohne Degen mit dem Amtmanne nach Obbornhofen reiten mußte, wo er ihn völlig dimittirte und nach Hause gehen hieß. Als

jedoch der Hauptmann nach Arnsburg zurückkehren wollte, um dort sein Pferd zu holen, nahm ihn Behm auf's Neue für einige Stunden in Arrest, ließ ihn aber alsdann gehen. Die drei Richter wurden dagegen von den Soldaten auf ungebahnten Wegen durch Hecken und Sträuche bis an die Grenze geführt, wobey der Aelteste derselben auf solchem bösen Gang unterwegs fast liegen blieb. Als in der Gegend von Wölfersheim einige Bauern aus dem Orte kamen, stellte sich ein alter Mann unter ihnen auf den Grenzstein und sagte: Hier ist der Stein, — womit also die Richter gleichsam aus dem Braunfelsischen Lande hinaus verwiesen wurden.

In der Gerichtsordnung ist unter den Poenen bemerkt: Nr. 1. Welcher sich der Römischen Kayserlichen Majestät, unserm Allergnädigsten Herrn, das heilige Römische Reich und derselben dieser hochlöblichen alten Ordnung, wie auch den Erblehnträgern, deren Hauptmann und Richter injuriiren, schmegen mit Worten oder Werken sich vergreiffen wirdt, soll höchstgedachter Kayserlicher Majestät mit Leib und Gut verfallen seyn. Nr. 2. Da auch Jemand geistlichen oder weltlichen Standes dieser Kayserlichen Reichs-Ordnung sich halsstarriglich widersetzen und genzlich zumahl verhindern und der Vollziehung des Wasserrechts kein Statt geben wollt, soll an sechs Mark löthiges Goldes vermög dieser Ordnung gestrafft werden.

Der Lehnträger wandte sich daher wegen dieser frevelhaften Gewaltthat an die beiden bestellten Vertheidiger und Executoren Churmaintz und Hessen-Darmstadt. Diese nahmen sich auch der Sache an, und verlangten von der Solmsischen Regierung zu Braunfels wegen des, dem privilegirten Kayserlichen Wasser-Gerichte zugefügten schimpf- und spöttlichen Tractamentes genügende Satisfaction. Solms berief sich auf ein von Kaiser Friedrich III. im Jahre 1471 dem Grafen Otto zu Solms ertheiltes privilegium de non evocando, wonach bey Strafe von 100 Mark löthigen Goldes die Solmsischen Unterthanen nur bey den Solmsischen Gerichten zu belangen seyen. Auch erwirkte die Braunfelsische Regierung von dem Kayserlichen und Reichs-Kammer-Gerichte zu Wetzlar am 13. Mai 1712 ein mandatum sine clausula de non via facti, sed juris procedendo an den Erzbischoff Lothar Franz zu Maintz und an den Landgrafen Ernst Ludwig zu Darmstadt. Dessen ungeachtet schlug am 7. Juli

1712 die Mainzer Regierung der Darmstädter vor, auf dieses, nur auf falsa narrata und zur Immortalisirung dieser Strittigkeit erschlichene Mandat keine Rücksicht zu nehmen, und den von Rau zu bedeuten, das Wassergericht nochmals nach Muschenheim zu schicken. Damit aber dieses nicht weiter beschimpft und in seiner Verrichtung maintenirt werden möge, sey es räthlich, einige zu dessen Bedeckung genugsame Mannschaft von Giessen und Königstein in die nächstgelegenen Darmstädtischen und Churmeintzischen Oerter anrucken zu lassen, welche auf den Fall, wann die Solmsischen Unterthanen mit Thätlichkeiten gegen die Wasser-Richter verfahren wollten, diese souteniren und beschützen thäten. Inzwischen könne zu Wetzlar angezeigt werden, daß man nicht via facti, sondern kraft der Kayserlichen Commission, also via juris verfahren werde. Sie wolle darüber der Herrn in Darmstadt vernünftige Gedanken erwarten, um die ferneren Messüres mit denselben concertiren zu können.

Die vernünftigen Gedanken der Herrn in Darmstadt waren ganz damit einverstanden. In dem Gutachten der Darmstädter Regierung vom 19. Juli 1712 wird in dieser Beziehung bemerkt: Man solle diese gute Gelegenheit, so sich so leicht nicht wieder ereignen dürfte, ambabus manibus ergreifen. Sollte man Darmstädter-Seits das Moment verstreichen lassen, so würde nicht nur Chur-Mainz es allein thun, sondern man würde auch wegen Nichtunterziehung der aufgetragenen Kayserlichen Commission die Braunfelsischen nur noch kühner und animoser machen, die gegen das fürstlich-darmstädtische Haus bisher unternommenen turbationes noch mehr zu extendiren. Man solle daher in Mainz fragen, wie viel Mannschaft sie von Königstein herzugeben vermeinten, und dann den Kriegs-Rath in Darmstadt vernehmen, wo allenfalls die benöthigte Mannschaft und wie viel entweder von dem Ausschuß oder der regulairen Milice herzunehmen wäre. Die Braunfelsische Regierung, an welche nochmals Aufforderung erging, binnen 14 Tagen sich bestimmt zu erklären, antwortete am 12. August 1712, daß der Graf dermalen zu Hoingen (Hungen) abwesend und sich unwohl befinde, weßhalb sie das Ersuchen stelle, der verlangten Antwort bis zur Genesung des Grafen Anstand zu geben. Die Darmstädter Regierung, des Communicirens müde, bat wiederholt die Mainzer Regierung um Antwort. Diese fiel aber am 2. December 1712 dahin aus,

daß an den Churfürsten berichtet worden sey und sobald gnädigste Resolution ertheilt worden, sie davon Nachricht geben wolle. Damit schließen die Acten und der kühne Anlauf scheiterte wahrscheinlich an dem Kosten-Punkte.

Da sich auch noch mehrere andere kleine Stände, wie Isenburg-Marienborn, die Städte Gelnhausen und Friedberg widerspänstig bewiesen, so wurde von dem Lehnträger, dem Hessen-Casselischen Legations-Rathe und Oberamtmann der Grafschaft Schwarzenfels Johann Adolph von Rau am 28. Januar 1727 die schon von seinem Vorfahren Otto Rudolph von Rau am 24. November 1677 gestellte Bitte um zeitgemäße Erneuerung und Bestätigung der Wasser-Gerichts-Ordnung, Einschärfung derselben bey den betr. Reichs- sowohl, als allen andern geistlichen und weltlichen corporibus und Privat-Personen, sowie um Erneuerung der Commission an Churmaintz und Hessen-Darmstadt wiederholt. Am 29. April 1727 wurde diese Supplik auch an Churmaintz und Darmstadt zum umständlichen Berichte gesendet, dieser Auftrag auch von Kayser Frantz I. am 5. Mai 1746 wiederholt. Endlich wandte sich noch im Jahre 1771 der Lehnträger wegen einer von der Stadt Frankfurt gezeigten Widerspänstigkeit an Mainz nnd Darmstadt, wo man dann auf den Grund eines Mainzer Gutachtens dahin übereinkam, die Sache dilatorisch zu behandeln. Bey dem Beschlusse des Erzbischoffs von Mainz vom 13. Juli 1781 aus Aschaffenburg wird als Motiv hierzu angeführt, man müsse sich offene Hand behalten, das protutorium gegen Fremde geltend zu machen, und dadurch die Rücksichten der Nachbarn gegen Churmaintz zu vermehren, sich selbsten aber doch zuletzt unter Berufung auf das Mainzer privilegium Maximiliani und die Observanz von der Rauischen Wassergerichtsbarkeit zu eximiren. — An den Kaiser wurde jedoch der geforderte Bericht niemals erstattet.

Man sieht hieraus, welche kleinliche Interessen damals unter den einzelnen Reichsständen herrschten.

IV. Gerichts-Verfahren.

Wer eine Beschwerde hat in Bezug auf Mängel oder Gebrechen der Flüsse oder Bäche, weß Würden und Standes der sey, hohen, mittleren oder niedrigen, der soll den Lehnträger in Schriften ersuchen, seine Klage darin vermelden, den oder die

Beklagten, auch die Mängel und den Ort namhaft machen und soll dieß als eine erste Klage geachtet werden. Der Lehnträger schickt diese Klage alsbald dem Hauptmanne mit dem Befehle, sich mit den Richtern nach Dorheim zu begeben, und dort sich zu unterreden, wie die Sache zu vollziehen sey. Der Hauptmann hat darauf die Partheien auf einen bestimmten Tag zu bescheiden mit dem Anfügen, daß sie sich mit allen brieflichen oder andern Urkunden, die ihnen zu ihrem Beweisthume dienlich seyn möchten, gefaßt machen, auch nach etwa vorhandenen Eichpfählen suchen, oder darüber bey alten Leuten Kundschaft einziehen sollen.

Der Hauptmann und die Richter begeben sich hierauf, in der Regel sämmtlich zu Pferde, altem Brauche nach zunächst in eine benachbarte Stadt, Schloß oder beschlossenen Flecken. Dann soll den Partheien angezeigt werden, am folgenden Morgen zu einer bestimmten Zeit auf dem Rathhause, oder sonsten, wo es Gelegenheit gibt, zu erscheinen. Nach besetztem Gerichte lies't der Hauptmann die Schrift oder Klage vor oder läßt sie durch den Schreiber vorlesen, wonach der Kläger befragt wird, ob er etwas zu verbessern oder zuzusetzen habe?

Wiederholt nun der Kläger seine Klage, so soll dieß aufgeschrieben werden, und für die zweite Klage erkannt seyn, worauf der oder die Beklagten zur Antwort vorgenommen oder zugelassen werden, was wieder beschrieben wird.

Hierauf sollen beide Partheien abtreten, der Hauptmann und die Richter Klage und Antwort sowie die Documente fleißig lesen, sich derentwegen mit einander unterreden und nach gehaltenem Gespräche die Partheien wieder vorkommen lassen und ihnen anzeigen: Dieweil dießmals die Partheien gehört, aber in diesen wichtigen Sachen der Augenschein einzunehmen vonnöthen, solle die Klage und Gegenbericht wiederum angehört werden.

Nach eingenommenem Augenscheine sollen Hauptmann und Richter sich eines Urtheiles entschließen, und auf einen bestimmten Tag öffentlich durch den Schreiber verlesen lassen. Ist es hübsches Wetter, so werden auf einem geraumen Platze unter freiem Himmel, um einen mit Bänken umstellten Tisch von dem Hauptmann und den Richtern nach ihrer Ordnung die Sitze eingenommen. Auf dem Tische liegen die Wassergerichts-Ordnung und die Instrumente. Der Schreiber hat dann das Urtheil laut und verständlich vorzulesen.

Sind es mehrere Partheien, die auf dem Wasser zu schaffen haben, und ist ziemlich viel Volk gegenwärtig, und wird es von dem Lehnträger oder dem Hauptmanne deßhalb für zweckmäßig befunden, dann soll der Schreiber von einer ziemlichen Höhe, bey des Hauptmanns und der Richter Tisch die Ordnung öffentlich vorlesen. Nach Vorlesung soll allen Partheien (doch auf ihre Kosten) Essen und Trinken gegeben werden.

Sonderlich, wann die Richter aller Dinge fertig, soll man ihnen, wie von Alters Herkommen, rothen und weißen Wein speißen und versehen.

Ganz besondere Feierlichkeiten werden beobachtet, wenn Eichpfähle geschlagen werden sollen, um die Höhe eines Mühlenwehres auf Jahrhunderte hin zu bestimmen. Man zieht in gehöriger Ordnung nach dem Orte, wo der Pfahl zu setzen ist. Die Schuljugend stimmt unter Leitung ihres Lehrers, mit musikalischer Begleitung ein geistliches Lied an. Ein militairischer Ausschuß folgt alsdann und ein weißgekleideter, mit Blumen geschmückter Knabe trägt den mit schwarzen, rothen und gelben Bändern gezierten Justiz-Nagel. Der Hauptmann folgt alsdann und hinter diesem die Richter, welchen von dem Diener die Instrumente nachgetragen werden. Zuletzt folgt der Vorstand des Ortes und die Gemeindeglieder, je zwey und zwey gehend.

Ist der Pfahl zur Stelle, da er soll geschlagen werden, dann sagt der Hauptmann zu den Richtern:

Ihr Kaiserlichen Reichsfreien Wasser-Richter, dieweil an diesem Ort einen Pfahl schlagen zu lassen, rechtmäßig erkannt, Als gebiete ich Euch wegen der Kayserlichen Majestät des heiligen Römischen Reiches habender Macht und Gewalt, auch des Herrn Rauwen Erbgerechtigkeit wegen, daß Ihr diesen Pfahl vermög derselben Ordnung und wie Recht ist, schlagen und Euer Amt der Gebühr vollziehen wollt.

Hiernach fragt der älteste Richter seinen Mitgesellen, so der nächste nach ihm im Amte ist, mit und aus was Macht, Krafft und Gewalt sie den Pfahl schlagen sollen?

Darauf wird geantwortet: Sie sollen den Pfahl stoßen und schlagen mit Römischer Kayserlicher Majestät und des heiligen Reichs Gewalt und Macht und des Herrn Rauen Erbgerechtigkeit und Freiheit.

Wann nun der Phahl gestoßen, soll derselbe abermals über

dem Loch durch eine kleine silberne Waage probirt und justificirt werden. Nach solchem sollen die Richter ihre Röcke ablegen, doch ihre Binden anbehalten, den Nagel einstecken und ein Jeder nach dem Andern drei Schläge thun, und wann der Letzte als der Jüngste, seine drei Schläge gethan, ein wenig still halten, alsdann den Nagel vollends einschlagen. Doch sollen Hauptmann und Richter ihre Tauf- und Zunamen mit Tag und Jahr auf Pergament verzeichnen, in einen Zettel in Wachs verwahrlich in den Nagel einschließen.

In den Acten finden sich noch einige Concepte derartiger Einlagen. So heißt eine vom 1. Juli 1700, als Herr von Bünau auf der Rothheimer Weide bey Graß ein neues Mühlwehr errichtete:

In nomine Jesu Christi. Amen. Omnibus in futurum et in aeternam memoriam sit notum, quod in signum rectae justitiae aquaticae praevia sufficiente caussae cognitione sit positus hic palus loco limitis praesentis molae a D° Johanne Schwalbio, capitaneo caesario juris aquatici Wetteravici, senatore et scabino Friedbergense, advocato et notario caesario, primis calendis mensis Julii 1700. D° Christophoro Schneider, judice aquatico Friedbergense — (Solmense, Darmstadiense, Hannoviense; Moguntinensis hoc actui non potuit adesse).

Wann nun also der Pfahl geschlagen und probirt, soll der Richter, so der nechst am Eltesten ist, fragen: Mit was Recht, Kraft oder Gewalt der Pfahl gestoßen oder geschlagen? worauf der Aelteste antwortet:

Sie haben denselben mit und aus der Kayserlichen Majestät und des heiligen Römischen Reiches Macht und Gewalt und Freiheit, auch des Herrn Rauen habender Erbgerechtigkeit gestoßen, also und dergestalt, daß Niemand wes Würden, Wesens und Standes, die seyen geistlich oder weltlich, solchen gestoßenen Pfahl hinführo nicht verrucken, verzucken, umschlagen, ausziehen, schadhaft machen oder spoliiren sollen, bey dem Kayserlichen und Reichs-Bann, höchster Ungnad und Straff, nach Inhalt derselben hochlöblichen Ordnung.

Die Justitia, d. h. die Probe des Justiz-Nagels ist so beschrieben: Nemblichen, daß das Wasser also gericht und rechtmäßig gericht und der Müller sein Wehr nicht höher erheben und er-

2 *

höhen, uff daß Ein Viehne uff des Nagels Kopf, so mitten im Pfahl stecke, sitzen und sich daruff erhalten, des Wassers ohngenetzt und ohnverletzt seiner Füß und Flügel trinken und genießen soll. [13])

Vor Zeiten wurden Weidenbäume zum Zeugniß und Behaltnuß bey den Pfahl gesetzt. Da diese aber öfter abgehauen worden, sollen die Partheien einen harten, großen, langen Stein, daran des Reiches Apfel gezeichnet, nahe bey den Pfahl durch ihre Landscheider, zu besserem Behalt und Gedächtniß setzen lassen.

Wenn aber auch der große mittelste Nagel, den ein Bien zur Justitia brauchen muß, ausgezogen oder der Kopf abgeschlagen wäre, soll doch zu Meidung künftiger Unkosten der Pfahl mit seinem Rink in Kräften bleiben und nach der Höhe des Nagels, wie dieselbe seyn soll, dem etwa neu zu errichtenden Wehre seine rechte Höhe, dem Wasser seine rechte Eych gegeben werden.

Damit aber auch der Jugend ein Gedächtniß des geschlagenen Pfahles halben gemacht werde, so sollen Hauptmann und Richter, wo Schüler, einen christlichen Psalmen oder gute Lieder singen lassen, oder da keine Schüler und sonsten viele Kinder bey einander, denselben ein Korpff voll Bieren, Kirschen oder Aepfel oder einem Jeden einen rothen Riemen zum Gedächtniß geben lassen. [14])

Hauptmann und Richter sollen zu ihrer Gelegenhgit, wenn sie in ihrem Amt sind, den Amtmann, Rentmeister, Keller oder Schultheissen und den Pfarrherrn auf der Partheien Kosten zu

[13]) Der Pfahl selbst soll von gutem, gesundem Eichenholz, sieben, acht oder neun Schuhe laug, quatrant oder viereckent und nachdem der Boden oder das Erdreich hart oder weich ist, gemacht, derselbe mit vier ziemlich langen Eisenschienen auf den vier breiten Seiten herab beschlagen, doch oben die Schienen, oder bey dem Ende ein gemachter Absatz und oben am Ende gekrepfft seyn, also der Ring zugleich mit den gekröpfften Schienen angeschlagen seyn muß, und hinfürter der Ring nit mehr könne weder unter noch ober sich geschlagen oder ausgezogen werden und also ein Pfahl hinführo uff und über die hundert Jahr kräftig bestehen kann.

Der mittelste Nagelkopf soll anderthalb Zoll hoch und rund wie ein Löth-Kolb gemacht und formirt seyn; vom Kopf unten hinaussen soll die Länge siebenzehnthalben Zoll seyn, hat also der ganze Nagel 18 Zoll.

[14]) Im Jahre 1623 wurden bey dem Schlagen eines Eichpfahles vor Friedberg den Knaben rothe Nessel und Groschen zum Gedächtniß ausgetheilt.

sich zu Gast zu laden Macht haben. Ebenso sollen sie, wenn sie auf dem Wasser im Amte sind, und ihnen Fischwerk in die Kuchen von Nöthen, Fisch zur Nothdurft fangen zu lassen, Macht haben.

Die letzte dieser solennen Setzungen von Eichpfählen kam am 29. Juni 1776 an der Hasselmühle bey Effolderbach vor, wobey die Beamten über diesen zwischen Hessen-Darmstadt, Stolberg-Gedern und Isenburg-Büdingen gemeinschaftlichen Ort mitwirkten.[15]). Hierbey wurde ein etwa 200 Jahre alter Justiz-Nagel von der älteren Art aus dem alten Pfahle herausgezogen und bey den Instrumenten aufbewahrt.[16])

Das Gerichts-Protokoll-Buch (Bd. II. S. 414) schließt mit einer Straf-Verfügung vom 9. Dec. 1785 gegen den Brücken-Müller an der Usa bey Friedberg. Der letzte Act wurde aber im Jahre 1800 an dem Mühlenwehre zu Wickstadt vorgenommen, und damit erlosch dieses Gericht, welches urkundlich etwa 400 Jahre lang bestanden hatte. Noch im Jahre 1865 wurde jedoch bey dem Hofgerichte zu Giessen in einer Rechtssache auf das Protokoll-Buch Bd. II. S. 90 flg. Bezug genommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt.[17]) Es war nehmlich am 4. No-

---

[15]) Protokoll-Buch Bd. II., S. 334. — Eine ausführliche Beschreibung der Setzung eines Eichpfahles zu Höchst an der Nidder im August 1760 findet sich auch in von Cramer's Wetzlarer Nebenstunden. Th. 23, S. 38 flg. und Protokoll-Buch Bd. II., S. 134 flg.

[16]) Die im Jahre 1777 vorhandenen Instrumente (Protokoll-Buch Bd. II., S. 355) waren folgende:

1) eine große hölzerne Wasser-Waage,
2) eine kleine silberne Waage,
3) eine ordentliche messingene, mit einer gläsernen Röhre versehene Wasser-Waage,
4) das hölzerne Gestell dazu,
5) zwey mit Schuh und Zollen versehene Visir-Stangen, welche in einander geschoben werden können,
6) zwey Wasser-Pfahls-Modelle,
7) ein Modell von der Größe und Dicke eines Nagels,
8) eine Meß-Schnur mit drei eisernen Stäbchen,
9) ein Maas-Stab nach dem Wiener Fuß,
10) eine Visir-Scheibe.

[17]) In Sachen des Müllers Jacob Müller auf der Riedmühle bey Griedel, Herrn ꝛc. Müller Balthasar Wegner auf der Kreuzmühle und Heinrich Dietz auf der Herrn-Mühle daselbst, Beklagte, das Wehr betr.

vember 1756 ein Eich- und Wehrpfahl bey der Ried-Mühle obig Griedel in solenner Weise gesetzt worden. Im Protokolle wird dann fortgefahren, daß nach eingeschlagener Justiz bey der nochmalig beschehenen gewöhnlichen Probirung sich geäußert, wie nehmlich dieser alleweil gestoßene und geschlagene Eich- und Wehr-Pfahl, durch die von schlimmen Leuten beschehene Verrückung des in's Wasser geschlagenen Pfahles zummahl sowohlen, als hierdurch mit untergelaufenen und causirten erroris calculi in Rücksicht der Ab- und Zugabe ganzer zwey und einen halben Zoll niedriger geschlagen worden, als solcher in dem Zusammenhange und wohlüberlegt auch gemachtem Schluß hätte gestoßen werden sollen, ein folglichen dahero jedesmahliger Besitzer dieser Riedmühle zu ewigen Tagen und so lange dieser Eichpfahl stehen wird, befugt und berechtigt ist und bleibet, sein Mühlwehr 2½ Zoll höher einzurichten und zu halten, als dieser Eichpfahl stehet. — Diese Befugniß scheint indessen für den Müller verlockend gewesen zu seyn, das Wehr über das Maaß zu erhöhen; der Braunfelsiche Amtmann von Gambach hatte daher schon 1799 die Erniedrigung des Wehres um 11 Zoll durchgesetzt, was nebenbey darthut, daß später Solms-Braunfels wieder die Acte des Wassergerichtes anerkannte, und es wurde daher die im Laufe dieses Jahrhunderts wiederholt vorgenommene Erhöhung des Wehres, welche als auf einem über Menschengedenken bestehenden Zustande beruhend dargestellt wurde, als nicht zu Recht bestehend zurückgewiesen.

Römischen
Kayserlichenn und Heiligenn Reichs Ordnung des Wasser Rechts Wetterauwischenn Bezirks.

Dieserr Zeitt

Von wegen der Kaiser. Majst: Und des Heiligen Römischenn Reichs Erblehennträger deren Keyßerlichen Majst: und Reichs Oberkeit Herlichkeit und Gerechtigkeit, über Herren Freyen Hauptmann undt Wasser Richtern, deren Wassern und Flüßen des gantzen Wetterauwischen Bezircks

Der gestreng Edele und Veste Herr Joist Raüwen von Holtzhausenn zu Dorheim Churf: Mayntzischer Amptmaun zu Ammenbürg und Neuwestadt.

Demnach die Römischenn Keysserlichenn Majestädt, Unser Aller Genedigster Herr Auss besondern genadenn, Dem Uhr Altem Adelichem Stamme, denen Weißen von Feuwerbach, nun mer Jtziger Zeit denselben Agnaten

nemlichenn dem

Dem gestrengenn Edlenn und Vestenn Joist Rauwenn von Holtzhaußenn und Dorheim, dießer Zeitt Churfürstlich Maintzischer Amptmann zu Ammenburgk und Neuwestadt, Mit dem Schlos und Burgsitz zu Dorheim, und den Flécken Beyenheim sampt der Zugehörungen, Sonderlichen Aber die hohe Obrig-Herlichkeit und gerechtigkeit Ueber die Keyßerlichen Freyen Reichs waßer Herrn und Richtern, und derselben Ordnung und Reichs Recht deren Waßern und Flüßenn des Wetterauwischen Begrieff und Zircks, zu Stam und Erblehenn Allergnedigsten geligenn[1]).

Was und wie sich zu verhalten wirdt Jnn folgender dieser Römisch: Kayß: Und Reichs Confirmirten Uralttenn Ordnung Und Wasser Recht ordentlich und gutter Form eigentlich beschrieben.

Erstlichen soll Herr Joist Rauw mitt einem Hauptman So deren Ordnung wissend Und qualificirt „von gutten Redtlichen Leutten, eines Erbarlichenn friedtlichenn Verschwiegenen Wessens bestelt undt versehen sein, Und soll hinfürtter Alwegenn die Hauptmannschafft bey dießem stam pleiben, bies so lang under solchem stam keine qualificirte Persohn hierzu dienlich mehr zu finden ist, alsdan soll dem So das Hauß Dorheim inhatt ein Andere tugliche Persohn zu erwehlen und zu ordnen frei stehenn, doch der Wasser Richter Rath darinnen gebrauchenn.

Es soll auch Herr Rauw mit fünf frommen Erbaren Verschwiegenen Persohnen, so deren Waßern Derselbe Wagen und Kunst erfahren und qualificirt auss fünf herschafften auss jeder herschafft eine Persohn, nemlich einen Moller; welche Jtzund der Keyßerlichen Reichs freyeren waßer Herren und Richtern genandt, Aber zu Keyßers Friedrich des 3ⁿ Zeitten graffene der Waßer genendt worden, jeder Zeit bestaldt und versehen seyn :,:

Und demnach aber vor Altten Zeitten Herkommen und breuchlich daz obberurtte Persohnen, von Jren vier Annichen geborne Moller sein Müssen und dan zu jeden Zeiten solche Persohnen nicht zu finden, hierumb damit die Partheyen, so under ein Ander gebrechen haben oder bekommen würden, nicht mochten verhindert werden, Alß sollen doch Andere Persohnen, wie hinfornen bemelt, hierzu erfordertt und genommen werden mogen.

Und so einer oder mehr obgedachten Persohnen deren Wasser Richtern dhotz wegenn abgegangenn, sollen die andere noch lebenden, ein solchs Jren Hauptman verständigen, daßelbige der Hauptman dem Herrn Rauwen zuschreiben, und zu wissen machen. Sol Herr Rauw uff solch Zuschreiben denn Hauptmann und die noch lebenden Wasserrichtern zu sich in das schlos Dorheim beschreiben, sie beidseitz er-

---

1) Diese Belehnung erfolgte von Kaiser Rudolph II. am 18. Aug. 1582.

manen, das sie Erbare bekandtene wol qualificirten Persohnen, und zu dießer sache dienlich, vorschlagen und ernennen woltten.

Damit sie mit ein ander oder mehr Persohnenn halben der Stim enig, den oder dieselben, hierzu ordnen und einmuttiglichen bestattigen zu laßen sich entschlossen, soll dem oder denselbigen von dem Herrn Rauwenn selbsten oder seinem Hauptman, mit handgebender treuw und Hierinnen geburlichen eydt ufferlegt und bestettigett werden.

Ob auch Ehehaftene oder sonsten Anders wegen Herr Rauw in eygener Persohnenn, einen oder mehr Persohnen Ahnzunehmen und zu bestettigen nicht beywohnen köndte, Alß sol der Hauptman, ein solches zu verrichten macht habenn.,.

Und da der vorgeschlagenen ernenten Persohnenn Einer oder mehr, hierzu sich bemühen und gebrauchen zu lassen beschwerenn, und nicht volgen wollten, Alß soll Herr Rauw ein schreibenn ahn die Persohnen, von der Römisch: Kayß: Maiest. und Reichsgewald wegen zuschicken.,.

Würd aber die Herrschafhten oder die Persohnenn hierinnen sich wegern, oder Ungehorsamlich erzeigenn, soll Alßdan Herr Rauw zum Andern mahl Ahn die Herschafften schreiben, Sie seines hierin habenden gewaldts erinnern, darbeneben er der Pheen, nemblich drey Marck lettiges golts verwahren.,.

Sollte aber hierinnen Abermahls wietter dis loblich K. und Reichs Recht verner Ungehorsam vermecrkt und der oder die begertten Persohnen nitt gefolgett werden.,. Soll Herr Rauw ein solches beneben beschehenen Verwarnungen der Kayß: Maiest: zu fürderlichsten underthenig zu erkennen geben, darauf Kayß: Maiest: Bevehls untertheniglich erwartten.

Wan und zu was Zeitten sichs zutrage, das deren wasserrichtern einer mehr mit hartter Leibesschwachheit behafft, oder mit todt abgangen wehren, und dan in eyl solche Persohn nicht zu bekommen, und doch denen Parteyen zu verhelffen die Notturft thuet erforderen, soll doch hierinnen kein saumnus oder schaden gespurtt, der Hauptman mit Vieren oder mit und beneben dreyen Herrn, Wasserrichteren die sachen (alß ob gantz Recht zugegen) zu verrichten gutten fug und macht haben, Und also der Hauptman vor zwo Persohnen geacht werden soll.,.

Da auch eynige oder mehrr Partheyenn ettliche mengell der wasser halben under einander hettendtt und sich deren nicht vergleichen kunden, und die Sache also geschaffen, das man keines Neuwen Wehr[2]) bedurftig, soll uff erforderen der Parteyenn der Hauptman beneben zweyer oder einem Wasserherrn dasselbige zu vergleichen macht haben, darüber brieffliche schein und des Hauptmans Insiegell und Subscription uffgericht, darinnen ein Pheen nach gelegenheitt der sachen, dero halttung ufferlegtt, verferdigett, jeder Parteyen einen zugesteltt werden.,.

Und demnach und zu was Zeitten die Parteyenn deren Wasserrichteren, von den Herrn Rauwen erlangendt und zur Stett Ahnkomment

2) Hier ist von einer späteren Hand corrigirt: Pfals.

Ir Ampt verrichten sollen, Alß sollen sie zuvor Irenn Außreißen, von Iren Herrn Rauwenn, Jeder mit einem Lindischen Rock gebürlich Keyß: und Reichskendt Zeichen uff dem Ermblen und mit einer rottenen Daffenden Binden gekleidt und versehen seyn.,.

Was sich der Hauptmann abwessen des Herren Rauwen aufierlegung Eydes halbenn Jegen denn Wasser Richtern verhalten soll.

Und soll erstlich in Gegen Wirtigkeit der anderen Herren Wasserrichteren sagen:

Von wegenn des Aller Durchlauchtigstenn Großmechtigstenn und unüberwündlichsten itz Regirenden Keißers Rudolphen des Andern, Unserm Aller Genedigsten Herrn, Und Auch von wegen des Gestrengen Edlen und Vesten Joist Rauwen von Holtzhaußen und Dorheim, Churfürstlich und Maintzischer Amptman zu Ammenburgk und Neuwenstadt, meines gepietenden Hern Junckeren, Alß hochs gedächnus Kayserlichen Maiest: Und des heiligen Römischen Reichs Erblehntrager Gefreyter Ober- und Erbgerechtigkeitten, deren waßern und flueßen,, des Wetterauischen Bezirks

Erscheine Ich N. und N. als deputirter und conformirter Hauptmann, erfordernn, bevehlen und gebietten euch N. undt N.

So hoch Ich von Höchstgedachter Keyss: Maist- und des heiligen Reichs und Ehrngedachts Herrn Rauwen, wegen euch zu beuehlen und zu gebietten macht hab, das Ir euch beneben den Andere Herrn Wasserrichtern, so itz und allhier zugegen In Itzigen nechst für fallendenn und kunftigen Handlungen, Mänglen und gebrechen, Nach Allem euwerem außersten Vermogen und besten Verstandts, so uiel euch Gott der Almechtige genadt verliehen verleyen wurdt, beywohnen, urtheilen helfen, auch Alles waz von netten, richten und vergleichen und dasselbig also zu thun, mir mit handgebender treuwe zusagen wollet,:

Uff das Ir wie angelobett, demselben zum treuwlichstenn nachsehenn mogett, alß seyet Ir in gegen Wirttigkeit euweren Herrn mit Consorten mit zweien uffgerichtet fingern einen leiblichen eydt zu thun und mir nachzusprechen schuldig,

Volgett der Eidt

Alles was mir In Itzigenn und künfftigenn fürfallenden Handlungen gebrechen und Irrungen gütt Weissens ist

Wil ich:,: So viel Gott der Almechtige Genad verleyen wurdt nach meinem beßten Vermogen und Verstandt beneben den andern mit Herren zum Allertreuwlichsten Richten, entscheiden, vergleichenn, und Alles was sich in solchen sachen geburett, gehorsamlich beywohnen und verhandeln helffen, Darinnen nicht Ansehen noch scheuwen Große Herschafft, gewaldt, geldt oder gelds werth, geschenk gunst Freundschafft, Neidt Has und feindtschafft oder Alles, so der Mensch zur gefahr erdenken mochte, so wahr als mir Gott helffe und sein ewiges selig machendes heyliges wordt Amenn.,.[3]).

---

3) Der Eid des Wasserhauptmanns lautete nach dem Protokolle vom 20. März 1693. Bd. I. S. 367 und nach dem Protokolle vom 4. Aug. 1738. Bd. II. S. 4 also:

(Nun folgt in den beiden späteren Abschriften bez. Redactionen von 1668 und 1676 ein Abschnitt, der in der ältesten Urkunde fehlt:

Freyheit des Haubtmannes und deren Herrn Wasser Wiegern.

Der Haubtmann, wo derselb wohnhaft, soll aller Frohn und Diensten dergleichen aller bürgerlichen Beschwerungen gefreyet seyn, wie dann auch seine Behaußung Allerdings gleich einem Adelichen Sitz gefreyet sein soll.

Und da er auch mit Wein, Frucht und anderm zu handeln willens, soll Er es Fug und Macht haben, und dessen ohne einige Beschwerung allerdings was man davon zu geben pfleget.

Wie auch des Stammes Nachkommen, so hierüber Hauptleut sein sollen

Die Wasser Wieger sollen unter Ihren Herrschafften der Frohn und Diensten, wie von Alters herkommen gefreyet sein

Und sollen die Herrschaften sie auch nicht mit Diensten und Amhtern beschweren, so ihnen in dieser Sachen hinderlich seyn mögen.)

Wie und Was gestalt die Parteyenn so derenn Herrn Wasserrichtern bedürfftig Piettlich begeren und erlangenn sollen.

Erstlichenn Was Wirdenn oder Standes, Hohes, Mittels und Nidriges, So Wasserhalben Mangel und Gebrechen gegen und wieder ein Ander hätten und deßhalben ohne des waßers rechts sich nicht vereinigen kundenn.,.

Ihr sollet schwören, dass nachdem Ihr von wegen des Allerdurchlauchtigsten, Grossmächtigsten und Unüberwindlichsten jetzt regierenden Römischen Kaisers (folgt der Name desselben) unsers Allergnädigsten Kaysers und Herrn, sodann mir Freyherrn Rau von und zu Holtzhausen als Höchstgedachter Kayserl. Majestät und des heiligen Römischen Reichs Lehnträger der gefreyeten Ober- und Erbgerechtigkeiten derer Wasser und Flüsse in der Wetterau zu dero Wasserhauptmann deputiret und verordnet worden, dass Ihr zu Allerhöchstgedachter Römisch. Kayserl. Majestät allerunterthänigsten Ehren mir als Kayserl. Wasser-Lehnträgern unterthänig dienstlich gehorsamben, nach Anleitung und Inhalt der Wasser-Ordnung beneben denen andern Wasser Richtern in allen nächstfürfallenden und künftigen Handlungen Mängeln und Gebrechen, nach allem Eurem Vermögen und bessten Verstand mit Rath und Hülff beywohnen, urtheilen, auch alles was von Nöthen richten und vergleichen helfen, auch alle einkommenden Klagten notificiren und zu Beförderung der Sache von Eurem Oberen zu Dorheimb Befelch einholen, auch von allem Verlauf jedesmahls Eurem Principalen als Wasser Lehnträgern Freyherrn von Rauen gebührliche Relation erstatten, auf die Wasser und alle deren Gebrechen fleissige Aufsicht geben und Euch in Allem also verhalten wollet, wie Ihr es vor Gott und Eurer resp. allerhöchst gnädigsten Majestät und hochwohlerwelter Obrigkeit dess Wasserlehnambts verantworten könnet,

Dann nicht ansehen, noch schewen grosse Herrschaften, Gewalt, Geld oder Geldswerth, geschenck, gunst Freundschafft, weder Hass oder Feindshaft oder Alles, so der Mensch zu gefahr erdenken mögte und sollet Ihr mit handgegebener Treu angeloben und hierüber einen leiblichen Eyd zu Gott schwören.

Darauf schwört der Hauptmann mit beiden aufgehobenen Fingern: Wie mir anjetzo ist fürgelesen worden und ich wohl verstanden habe, demselben getreulich nachzukommen gelobe und schwöre ich, so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort durch Jesum Christum. Amen.

Erste Klage. Der oder dieselben sollen dann Herrn Joist Rauwen In Schriefften ersuchenn Ire klagen darinnen eigentlichenn vermeldenn, den oder die Becklagten auch den ortt oder mangell namhaft machenn, da dies geschehen, soll es weil solcher zum erstenn mahl bey dem rechten Herren und Oberrichter gesucht, vor ein rechtmeßige und billiche Klage alß ein erste klage geacht und erkant sein.,

Das oder die empfangene Klagschriftenn soll Herr Joist Rauwe dem Hauptman zum ehesten zuschucken, danebenn dem Hauptman schriefftlich beüehlenn, daz er zum Fürderlichsten die Wasserrichtern gehn Dorheim zukommen, sich derentwegen mit ein Ander zu underredenn und wie die sache uolziehenn zu entschließen zu sich beschreiben wolle.,.

Hieruff soll der Hauptman Krafft habendenn Beuehls die waßerrichter in das Schlos Dorheim zu sich beschreiben mit Inen underreden eines gewießens tags da sie erscheinen: (sich vereinigen und vergleichen sollen)

Solcheme under sich vereinigtenn und ernendeun tag sol der Hauptman den Parteyen, sonderlichen dem Amptman, Rentmeistern, Kellern und Schulteißenn oder da es ein Reichsstatt denen Burgemeistern Und wem zu schreiben geburett, zuschreibenn, Und sonderlich derbey: das da ein theil Brieffliche oder Andern Urkundt hette, die Inen zu Irem beweistumb dienlich sein mochte, er sich mit denselbigen gefast machen darmit zu der Wasserrichter Ahnkunft solche fürzuleßen sein mochtenn. Desgleichen soll der Hauptman beydenn Parteyenn schreiben do ein oder mehr Pfahl furhandenn und noch gedeckt wehren, das dieselbigen in Zeitten gesucht und eroffnet moge werdenn bey Verlust einer Marck lötigen Goldes.,.

Ferners da etwan wie vermütlich Eichpfell, lang verflossener Zeit halbenn dieff versengt oder vielen Leutten wo die zu finden vergessen, und man doch derselben oder deren vestigia gebrauchen muß, sollen die Parteyen sich deswegen nach gutten Alten Persohnen, so derenn pflegen ahm bestenn wicßens haben, erkündigen und erforschen, zu geburender Zeit beypringenn, dieselben zur nottfall zu gebrauchen habenn, welches also der Hauptman denen Parteyen zu verstehen geben soll.

Und soll auch vor Allen Dingenn der Hauptmann der Keyserl. Reichswasser rechts Und Ordnung so wol denen Parteyen zu gutem, sich mit einem gutten vertreuelichen schreiber (so viel und lang er deßen bedurfftig) gefast machen.

Demnach nun sich Hauptmann und die Wasserrichter tag und ort zu erscheinen entschlossenn auch zuvor zugeschrieben wordenn.,

Sollen sie samptlichen, wie von Alters wegenn herbracht und dieße Ordnung und Altem brauch nach In ein Statt Schlos oder einen beschloßenen Flecken ahnkommen.

Wie dann Alle Parteyenn wes würdenn oderr Standts die sein geistlich oder weltlich denn Hauptman und die Herrn Waßerrichtern, von Ir selbst und

deß heiligen Romischen Reichs wegenn guttwillig auf und Ahnnehmen, und bies zu endtschafft der sachenn, so viel es Zeit leitten mag und von Notten sein wirdt notturftiglichen und vermog der ordnung und gebur Underhaltung mitzutheilen schuldig seindt, bei Verlust dreyer Marck löttiges Goldes .,.

Wenn Hauptmann und Wasserrichter Ahnn geburende endt denn abenn sein ahnkommen, so soll also baldt denen Parteyenn Volgendent morgen die stundt undt ortt uffm Rahthauß oder sonsten wie es die gelegenheit gibt zu erscheinen ahngezeigt Und benendt werdenn .,.

Uff den bestimbtenn tag sollenn Hauptmann und Wasserrichtern erscheinen das Keyß. undt Reichs löblich waßerrecht besitzen,

Und sol anfangs der Hauptmann In gegennwürttigkeit deren Parteyen die schrifft undt klag so Ime vom Herrn Rauwen zukommen selbst offentlich verleßenn oder den schreiber leßenn laßenn und daruff den oder die Klager ob der oder sie deren verschickte klage schriefft gestendig, befragen, und do sie deren gestendig, soll Hauptman daz sie Ire klage gegen Inen repetirenn, Und do sie nicht In Irem vorigen Zuschreiben recht genugsam ausfürlichen gemacht oder darinnen etwaz vergessen, dasselbige in der kurz doch formlich undt verstendiglichen vorbringen wollen Inenn Ahnzeigen .,.

Die 2. Klag. Da nun hieruff der oder die klagere Ire Klage repetirt und vorbracht, soll dasselbig eigentlich vernommen, uffgeschrieben und für die zweite klage erkandt sein, Und auch also baldt den oder denen beklagtenn zu antwordten vorgenommen undt zugelassen werden.

Was der oder die becklagten antwordtenn, soll gehorett undt beschrieben werden,

Hieruff . sollen beyde Parteyenn abtretten underdessen Hauptmann und Wasserrichtern die klage undt gegen Andtwurdt auch Ingelegten Documenten fleissig belessen, sich derettwegen mit ein Ander under redenn, und nach gehaltenem gesprech die Parteyen wieder vorkommen lassen undt ahnzeigenn .,.

Die weil die Parteyen diesmahls gehorett, undt aber in diessen wichtigenn sachen der Augenschein Inen zu nehmen von notten.

Die 3. Klage. Alss sollen Parteyenn uff denn Augenschein da die gebrechen ahm wichtigsteun und von Notten will sein, erscheinen, solte Ire Klage Antwortt und gegen bericht wiederumb ahngeheret werden.,

Da dan diesses von beiden Parteyenn uff der Wallstadt also beschehen und der Augenscheinen wie auch genugsamer bericht Ingenommen worden [4])

Als sollen daruff, Hauptman und Wasserrichterr eines oder mehr Urtheill so viel deren vermog diesser ordnung von Notten sich entschließen, dieselb den schreiber vertreuwlichen uffzeichnenn und uff

---

4) Hier ist von einer späteren Hand eingeschaltet und auch in die späteren Redactionen übergegangen: Darauf sollen der Hauptmann und Wasserrichter alles, wass von nötten den Augenschein innehmen wol erwegen und sollen Hauptman u. s. w.

darzu sonderlichen benannten tag für Allen Parteyen offentlichen durch den schreiber verlessen lassen, und sollen allwegenn deren Parteyen Ungehorsambs halben, die gewöhnliche undt vermog diesser Ordnung Pheen bey die Urtheill, dahin sie gehoren, gesetzt werden Es mag aber auch der Hauptman jeder Zeitt nach befindung der Dingenn, do Interlocatorien von noten und besonderen da es zu feldt, oder sonsten mit den wasser Richteren Ins gesprech zu gehen Macht haben[5].,.

Doch sóll der Hauptmann für allen Dingenn Ahnfenglichen Alle Parteyen verwahrnenn das sie die Romische Kayss. Maist: das heilige Reich deren Erblehen Trager Herrn Joist Rauwen undt andere diesser sachen Ahngehorenden, und diesse Lobliche wasser Rechts mit wordenn oder wircken nicht schmöglichen Andasten, verachten oder sonsten vergreiffen woltenn.,.

Und ob auch zuweilen wie offtmahls zu geschehen pflegett Sie die wasserrichtern under einander eines oder mehr Urtheil halben einen Miessuerstandt hettendt, und sich nit vergleichen kundenn, sollen die selbige dem Hauptman Ahnzeigenn und deren wegen sich vergleichen zu lassen, Undt demselbigen Volg zu thun schuldig seinn.,.

Doch sollen sie denn oder die Musuerstende under sich in geheim haltenn und andern nicht eroffnenn.

So Aber der Hauptman schwachheit oder ehehafften geschäfftenn wegen Inen denen Richtern nit beywohnen konte, sollen sie doch die sache, damit die Parteyen nicht gehindertt, sondern befürdertenn werden, zum besten und vermogen diesser hochloblich ordnung furtt gehen lassenn, doch hiemit so ettwas von Notten, des Hauptmans, so von ihnen nicht weitt zu erlangen sein wirdt Raths und gutt beduncken brauchen.,.

Wan auch sie die Herrn Richtern durch die Parteyen oder Andere uff was wegenn es wehre verhindert werden wollen, das oder ein solches sollen sie den Hauptman ahnsagen, daz so viel muglich tragenden Ampts undt gewalts wegen sie verantworten, vertreten handthahen und schützen soll.,.

Und forderst sollen sie selbsten under einander nicht uneinig, sonder friedtlich sein und gegen dem Hauptman in allem vermog der ordnung sich gehorsamlich verhalten.

Ob es köme das keineswegs sein soll eine oder mehr Parteyenn was würden oder standts die wehren geystliches oder weltliches In deren oder Iren Landenn und gebietten, diess hochloblich Keyserlich und Reichs wasser recht undt ordnung nicht gestadenn oder vollzigung thun zu lassen, sondern sich ungehorsamlich wiedersetzen und dasselbig verhindern woltten,

---

5) Hier ist am Rande eingeschaltet und in den späteren Redactionen aufgenommen: Es soll auch nach gelegenheit zu Feld oder im Flecken zu jeder Zeit der Hauptmann mit den Wasser Richtern ein halb oder gantze Stund Rath halten, sich deren Urthel undt anderes vergleichen, daselbige so bald uffschreiben undt die sachen alles was sich zu richten, nicht uff einen Hauffen wachsen lassen.

Da soll der Hauptman In gegenwurdigkeit deren Wasserrichteren sonderlichen Aber eines offenen Keysserlichen Notarien, von des Kayss. Maiest: des heiligen Römisches Reichs und Ires gebiettenden Herrn Joist Rauwen wegenn dargegen offentlichen protestiren, darüber eins oder mehr Instrumenta uffnehmen lassen, dasselbige sobaldt dem Herrn Rauwen beneben genugsamen bericht und Umbstenden der sachen zuschicken:

Daruff soll der Herr Rauw sie Hauptman und Richtere gehn Dorheim beschreiben, solche Inn oder ausserhalb dem Schloss Dorheim, doch uff der kayserlichen Burg Freyett daz gericht besietzen lassen, Alda die Instrumenten offentlich verlessen und die Jenigen so sich gegen und wieder denn Kayss. Rechten wiedersetzt haben, procediren und in die Pheen sechs Marck letiges goldes innerhalb sechs Monaten unuerhinderlich zu erlegenn zu erklären und zu erkennen.,.

Demnach offtmahls sich begibt dass diesses Kayserlich wasserrecht in orter da zwo oder mehr herrschafften gegen einander in Irrung stehenn, kommen und einen Pfall schlagenn muessen, damit dan solcher Irrunge halben, das recht ungehindert und dem klagenden theil die hülfe wiederfahren moge, Alss soll in diessem fall der Pfall ausserhalb der ortter In welche die herrschafften in streit wehren uff der Parteyen kosten gemacht und dan nach erkanntnus des Rechtens eingesetzt und geschlagen werden.,.

Nach Volgenden Artickeln solle durch die Wasserrichtere nach gelegenheit und befindung der ordenn, Wassern undt Allerhandt umbstenden erkent undt gesprochen werdenn.

1) Erstlichen in den ortenn, da Mangell und gebrechen sein, sollen die wasser mit allem fleis besuchtiget, und wovon notten bestahenn werdenn.,.

2) Sollen Richtern erkennen wo hecken und streuch in den wassern wehren, dass dieselben abgehauwen und hinweggeschafft werden, so ahn den steden stehen.,.

3) Item das die Heckenstreuch und erden, so mitten in dem wasser sindt hinweggeraumpt werden,

4) Item desgleichen da grossen alten gewurtzelten Stock oder alte bauhm darinnen legenn, abzuschaffenn da Pfall oder Anders in die wasser geschlagenn, abzuschaffenn.,.

Item so ein Herr wes standts oder wirdens der wehr geistlich oder weltlich, ein oder mehr fischer fahen uff dem wasser hette schlagen lassen, soll derselbig zu mahl ohn einig verzugk abgeschafft werden. Es wehre den zu ende des wassers geschlagen, darunter kein Molen kunte gebauwet werden, und derselb fluess nahe bey einem schieffreich wasser einlieffe.,.

Es sollen auch den Wassern ahn jedem orde, wo und wie es die gelegenheit erfordertt, seine weide erkennett nnd gegeben werden.,.

Und in denselben, wo ettliche krumen seindt, soll so viel muglich zu richte gebracht werdenn.,.

Da denen Wassern Ire weide erkennet unnd gegebenn, sollen die Jenige alss die uffstossere und denen es Rechts wegen geburet, die erden undt was mehr hinweg raumen, und was also an den Staden abgeraumet oder abgestochen, nicht ins wasser sondern heraufs uff beiden seitten des stadens geworffen werden.,.

Gleicher gestalt so denen Parteyen zu raumen ufferlegt, sollen sie nicht Allein die Bach uff beiden seitten, sondern auch von dem grundt herauss raumenn.

Die Richtern sollen auch zu den uberfellen und wehren, den fludt wassern oder graben jeden nach der gebur ihre weitt erkennen und das dieselben jeder Zeit recht wie Andere beche und wasser geraumbt und in ihre weide gehalten werdenn.,.

Eben Messiger gestalt do beneben denen flut wassern undt greben, noch mehr graben wasser abzufuhren von nöten erkennen, welche auch der gebur mit raumen sollen gehalten werdenn.,.

Doch das jedem Wasser, wo und wie denen die weyde erkant und mitgetheilet werden, solches Alles eigentlich beschriebenn und denen Parteyen mit getheilett werden soll.,.

Sollen die wasserweyger Also erkennen undt führen das dieselben den gemeinen wegen, so dardurch zu reissen undt ingenommen verschont werden. Undt da steinen Brucken vorhanden, sollen die wasser uff dieselben gericht werden.,.

So auch ein Stein Brucken von Neuwem erbauwett wordenn, soll man darinnen des Hauptmans undt zweyer Richtern Rath, zuvor und In der grundt geleget, Raths gebrauchen, Damit die bogen ihre rechte weitte, nach der strecke des wassers bekommen mögten.,.

Die Brucken und Speckenn[6]) Steinen oder hultzern sollen denselben Ire Lenge dem wasser nach erkent eigentlich beschrieben und durch die Parteyenn also jederzeit erhaltten werden.,.

Und da die Brucken Steinen oder hultzern von Neuwem zu bauwen, sollen Stein Metzen und Zimmer Leutt die Stein oder das holtz im wasser stehendt alss zu dreyen Ecken scherpffenn und die ein scherpffe Alwegen dem Wasser entgegen gesetzt werdenn.

So sich würde befindenn das Arme Leut nahe bey das Wasser gebauwett, mit hoffreidung oder Pflanzung der Baumgartten, und ettwan Uberdenckliche Jare also ingehabt und das wasser demselben gewichen und uff der andern seitten der gemein etwas ingenommen, oder die gemeine wege zu riessen hette, und daher die Wasserrichtere diesser ordtnung nach erkennen solten, soll es also gehaltenn werden, (das die arme Leut Ire Hoffreidt oder gepflanzte gartten abschaffen mussen) das die Herrschafft der gemein des orts solchen Leuten ohn Iren Leydenten schaden zu steuwer und guter geburlichen ergetzung stehen und deswegen nicht also grossen schaden leiden lassen solten.,.

---

6) In der späteren Redaction: Stegen.

Wo auch die Wasser under und uber einander gefuhrt und geleittet werden mussen, sollen nach gelegenheitt, wasserstuben, die lang und weit zu haben erkandt und in gutten Bauw zu halten eigentlich beschrieben werden.,.

Und so bey den Wasserstuben mehr Pfall zu stossen von notten, soll durch die Richter erkendt gestossen und den Wasserstüben zu guttem, ob die hiernach mangellhafft oder gar zu riessenn wurdte, des wieder Bauhens wegen eigentlich beschrieben werden.,.

Da bei denn Molen wie bräuchlich wehr sind, sollen dieselben Ire rechte hohe und lenge nach inhaltt Eichpfals erkent gemessen undt beschriebenn werdenn.,.

So aber kein Wehr vorhandenn und eines notig, es sey bey Mölen oder anders wo, sollen dieselbigen sonderlichen erkant, gemessen und beschrieben werdenn.,.

Es sollen keiner seine, Ihre Pfaht oder wehr Bäumen erhebenn, sonder In Irem gebürlichen wesen liegen lassen

Wan dan die wasser den Mollern und Andern zu guttem vermög der Ordnung durch die Eich und wagenn geführt werden mussen, sollen die Richtern wo es von nottenn, ein oder mehr Eych Pfall zu schlagen rechtlich erkennen.,.

Es soll auch auf den Wassern Wetterauwischen Bezircks so nahmen haben, kein neuw Mollen ohne erkenntnus des löblichen wasser Rechten gebauwett werdenn.,.

Wurde es aber Noturfft und Gelegenheit geben, Ein zu bauwen, soll Herr Joist Rauw zuuor, umb das wasserrecht volgen zu lassenn, ersucht und zu bauwen erkennett werden.,.

Doch soll Hauptman, wo es ihme gefelt Und gelegenheit gibt, uff den Wassern Wetterauwischen Bezircks ohne Verhinderung meniglichs ein möln zu zweyen oder einen ganck zu bauwen gutt fug und macht haben, welche ohne Pfacht und beschwerung gantz frei sein.,.

Und sollen denn Pfall schlagenn wie volgett

Wann der Pfall wie vermög alten Herkommens gemacht und zu schlagen ist.

Soll der Hauptman wan der Pfall zur Stett, da er soll geschlagen werden, zu den richtern sagen

Ir Kaysser Reichsfreien wasser Richtern dieweil ahn diessem ordt ein Pfall zu schlagen zu lassen Recht mesig erkendt.,.

Alss gebiette und beuehle ich euch von wegen der Kayss: Majestatt, des heiligen Romischen Reichs habender Macht und gewalts, euch des herrn Joist Rauwenn Erbgerechtigkeit wegen das Ir diessen Pfall vermog derselben ordnung und wie Rechts ist, schlagen und euwer Ampt der gebür vollziehen wollett.,.

Nach diessem soll der Elteste Richter den Andern seinen mitgesellen, so der nehest nach Im Im Ampt ist, fragen

Mit und auss was macht, krafft und gewalt sie den Pfall schlagenn sollen.,.

Soll darauff geantwortet werden:

Sie sollen den Pfall stossenn und schlagenn mit Romischer Keyss: Maiest: Und des heiligen Reichs gewalt und macht und des Herrn Joist Rauwen Erbgerechtigkeit und Freyheit.,.

Wan nun der Pfall gestossen, soll derselb abermahls uber dem Loch durch ein klein sielbern wagen probieret und justificiret werden. Nach solchem sollen die Richtern Ire Röcke ablegenn, doch Ire binden ahnbehaltenn, den Nagell insteckenn, Und einer nach dem Andern drey schlage thun, und wan der letzte alss der Jungste sein drey schlag gethann, ein wenig stillhalten, alss dan den Nagell vollens einschlagen.,.

Doch sollen Hauptman und Wasserrichtern Ire Tauff und Zunahmen mit tag und Jar verzeichnen In einen Zettell Inn wachs verwarlichenn In den Nagell einschliessenn.,.

Wan nun also der Pfall geschlagen und probirt, soll der wasser richter so der nehest am eltesten ist fragenn,

Mit was macht, krafft und gewalt Freyheitt sie den Pfall gestossen oder geschlagenn,

Soll der Elteste andtwurtten Sie haben denselben mit und auss der Keyss. Maiestatt und des heiligen Reichs macht und gewalt und Freyheit, Auch des Herren Joist Rauwen habender Erbgerechtigkeit gestossenn.

Also und derogestalt das Niemand was würden wessens und standts die seyen geistlich oder weltlich solchen gestossen Pfall hinfurtter nicht verrucken verzuckenn, Imschlagen Aussziehen, schadthafft machen oder spoliiren sollen, bey dem keysserlichen und Reichs Ban hochster Ungenadt und Straff nach Inhalt derselben hochloblichen ordtnung.

Wan der Pfall also, wie breuchlich gestossen soll derselbige eigentlich, wo derselbig kunfftig zu finden, Ruden und Zoll weis beschriebenn, Auch also Im Urtheil bedacht erkent und beschrieben werdenn.,.

Justitia.

Nemlichenn das das Wasser also gericht und Rechtmessig gericht, und der Muller sein Wehr nit hoher erhebenn Und erhohen, Uff das Ein Biehnn uff des Nagels kopff so mitten im Pfall stecke sietzen und sich daruff erhaltenn, des Wassers ohngenetzt und ohnverletzt seiner fües und flügell trinckenn und geniesenn soll.,.

Und demnach von den altenn Richtern Pfall geschlagenn welche ein Ringk und grossen Nagell In der mit gehabt, Aber durch die Jegen ein Ander verhasseten Parteyenn oder sonsten Mutwilligen Neidischen Persohnnenn die Ring abgeschlagen, die Pfall uffgerissen, oder Nagell aussgezogenn, Und also die Pfall gantz und gar Spoliirt, und in wenigen Jarenn nichtig und krafftlos gemacht worden seindt, derentwegen und den Parteyenn, Mollern und Andern Aufstossern nicht geringen Unwillen beneben bosem Verdacht entstanden.

Demselben aber zuvorkommen so haben Hauptman und Wasserrichtern Alleu Parteyenn zu gutten ein Neuwe Art eines Pfals erfunden.

Neuwe Art und gattung eines Pfals. Nemlichen der Pfall soll vonn guttem gesundem Eichenholtz, sieben, acht oder neun schu lang quatrant oder viereckent und nach dem der boden oder das erdreich hartt oder weych ist, gemacht demselben mit vier ziemlich längen Eyssern, Schienen uff denen vier breiden seiten herab beschlagen, doch oben die schienen oder bey dem ende ein gemachten Absatz Und oben ahm ende gekrepfft sein, also dass rinck zugleich mit dem gekrepfften Schienen Angeschlagen sein mus und hinfurtter der ringk nit mehr könne wetter under oder ober sich geschlagen noch aussgezogenn werden, und also ein Pfall hinfüro uff und über die hundertt Iar krefftig bestehen kann.,.

Es sollen An dem Rinck und Ahn dem Nagelkopff mit einem eyssen des Reichs Apffel gezeichnett sein.,.

Und ob auch der grosse Mittelst Nagell denn ein Bien zur Justitia brauchen muss:, Aussgezogen oder der kopff abgeschlagenn were, soll doch zumeidenn künftiges Uncostens, der Pfall mit seim rinck in krefften bleiben.,.

Doch dagegenn demselben Pfall über ein neuw wehr solte gelegt und gemacht werdenn, so muess doch dasselbige nach des Pfals Nagel gericht sein, so Aber der Nagell wie bemelt nicht vorhanden, so ist des Nagells kopff, wie hoch derselbig sein soll, hier in dieser Ordnung nehest volgendt beschriebenn uff daz dem wehr sein rechte hohe, dem Wasser sein rechte Eych gegeben Und denen Parteyenn vermog der Ordnung die Billigkeit wiederfahren mög.,.

Des Nagels Kopff Höhe und Leng

Es soll des Mittelsten Nagels kopff, andertthalb Zoll hoch Und rundt wie ein Lott Kolb gemacht und formirt sein.,.

Vom kopff, unden hinaussen soll die lenge siebenzehn halb Zoll sein, hatt also der gantze Nagel achtzehen Zölle

Es werden die hiebeuorigen Alten geschlagen Pfehle von wegen des langsamen Bauwens der alten wehren und unfleissigen Uffsuchens oder durch Verlieren darüber gehabten brieffen, vergessenn: darbei sindt vor Zeitten weiden baume zum Zeichnus und behaltnus gesatzt und Aber Abgehauwen worden.

Alss sollen nun hinfuro umb vergess und Miessuerstandt willen die Parteyen einen hartten grossen langen stein, darahn des reichs Apfell gezeichnet, nahe bey dem Pfall durch Ire Landtscheider, zu besserm mehrem behalt und gedechtnus setzen lassen.,.

Die Herrschafftenn diesses Wetterauwischen bezircks sollen Alle zehenn Jaren oder wen sie Ire grentzen mit Alten und Jungen Persohnen besehen und umbgehen, Und wo dan ein Möllen dabey ein Pfall geschlagen, es sey gleich ein oder kein stein darbey gesetzt, denselben Pfall zu behaltnus und gedechnus denselbigen gegenwirtigen zeigen und weissen.,.

Und sonderlichen Umb dieser Ursachenn willen, dieweil die Pfell vergessenn Und dieselbig Mahlstatt nit in Achtung genommen wordenn,

so werden bisweilenn die Wehr durch ettliche Müller erhaben und übermessiger Weis gebauwett, dardurch die wasser geschwellet, zum Uber oder ausslauffenn verursacht, und also den gemeinen ahn futderungen, auch so die verschleimt, ahn dem Viehe grossen verderblichen schaden zufügt.

Gedechtnus der Jugent

Damit aber wen die wasserrichtern In Irem Ampt sein der Jugent ein gedechnus des geschlagenens Pfals halben gemacht werde

Alss sollen Hauptman und Richtern wo schuler ein christlich Psalmen oder gutte lieder singen lassen, Oder da keine schuler und sonsten viele Kinder bey einander, denselben ein korpff voll bieren, Kirschen oder Epffel oder einem Jedenn einen rothen Riemen zu gedechnus geben lassen.,.

Demnach von Alters herkommen, das bey diesser handtlung Spielleut gebraucht worden, sollen dieselben nachmahlen, doch nicht zu groser Beschwehrung gebraucht und durch die Parteyen besoltet werden.

Hauptman und Richtern sollen zu ihrer gelegenheitt, wen sie in Irem Ampt sein, den Amptman, Rentmeister Keller oder Schulteissen und Pfarrherrn uff der Parteyenn Kosten zu sich zu gast ladenn macht habenn.,.

Es ist auch von Alters herkommen Wan sie auff den wassern im Ampt sindt und ihnen fischwerck in die kuchen von Nötten, sie alss dan fisch zur Notturft fangen zu lassen macht haben sollen.,.

Wie dan auch der Hauptman zu jeder Zeit seiner gelegenheit nach uff beiden gemeinen wasseru zu Dorheim und Feuwerbach, darin den Nachbaurn zu fischen vergünt wirdt und von Alters herkommen zu fischen oder fischen zu lassen macht hatt.,.

Und demnach von Alters herkommen, das die richtern eine Persohnn haben müssenn, deren sie in werenthem ampt, zu allerhandt Notturft zu gebrauchen, so solle demselben nachmahls uff der Parteyenn hosten hierzu Jemandt zugelassen sein.,.

Wie dan auch der Unkosten, so durch Pferdt und wagen zu gebrauchen, deren Hauptman und wasser Richteren, In wehrendem Ampt uffgehen würde, durch die Parteyen erlegett werden soll, Alles von Alters herkommen.,.

Vergünstigung

Neuwe Pföl zu stossenn, Dieweil dan hieruorn gemelt, daz die Altte geschlagene Eych Pfell, leichtlich schadenn nehmen und krafftlos werdenn, Und Itziger Zeitt ein neuwe Artt eines lang wehrenden Und bestandigenn Eich Pfals erfunden, Und so die Wasser Richter In Irem Ampt seindt und ohne daz, der Unkost uffgewendt ist, Alss sollen die Parteyen zu uerwinden künftigens Uncostens da noch ettliche Altte eich Pfel und nicht zu fast richtig vorhanden so es ihnen belibt neuwe Pfell, so viel deren nöthig schlagen lassenn.,.

Wan Hauptman und Richtere uff dem Wasser fertig

Demnach bey der drittenn Klage ettwas von eygentlichen Uffzeichnung der Urtheil und öffentlicher Verlessung vermeldt worden

Alss sollen Wasserrichtere nachdem sie Aller ding fertig und die Urtheil gefast undt beschriebenn haben, mit dem Hauptman sich eines tags vergleichen. Denselben soll Hauptman Allen Parteyen so uff die Zeit uff dem Wasser zu schaffen und es mit ahngehett benennen, sie gehorsamlichen, wo es Ime in ein Stadt oder beschlossen Flecken gestellet Und denen Parteyen ahn nehesten gelegen zu erscheinen bebeschriebenn, Auch ein solches dem oder den Wurden, damit sie sich mit kost und Anders haben gefast zu machen Ahnzeigen.,.

Wan dies der gebur nach beschehen, soll es folgender Massen gehaltten werdenn.,.

Besetzung des Kayss: und Reichswassergerichts und eröffnung deren gefasten und beschriebenen Urtheilen.

Da der Hauptman denen Partheyenn denn tag ernent geschrieben Und dieselben erschienen Und es hübsch wetter, Uff einen geraumen Plaz underem Himmell mit einem Tisch und benck bestellet, darumb Hauptman Und Wasser Richter nach Irer ordnung sich setzen die Kayss. Reichsordnung und wasser Recht bey Inen liegen haben, Und alsdan sollen Alle Urtheil und was sich in derselben Handlung zugetragenn durch den schreiber laut und verstendiglich gelesen werden.

Verlesung Romischenn Kayss. Maiestedtt und heiligen Reichs ordnung und Wasserrecht

Und da sichs zutruge daz mehr alss eine, sondern drey, vier oder fünf und mehr Parteyen uff dem wasser zu schaffen, und richten lassen, also daz der Hauptman dieselben All beschreiben muste, Und dan ziemlich viel Volck in offener Verlessung der ergangenen Urtheil zu entgegen wehrenn.,.

Und dan durch herren Joist Rauwen dessenn Hauptman und wasser Richtere die kayss. Reichs Urdnung einsmahl umb Jegen Würdigkeit der viell Parteyen willen offentlich zuuerlessen lassen vor gut und nottwendig geacht würdenn, soll der schreiber nahe bey den Hauptman und Richter Tisch eine ziemliche Höhe etwas von der erden gemacht werden.,.

Darauff alssdan der schreiber die Ordnung und Wasser Recht offentlich verlessen solle

Nach Verlessung sollen Allen Parteyenn doch uff Iren kostenn Essen und Trincken gegeben werdenn.,.

Und sonderlich wen die Wasser Richtere Allerdings fertig, soll man Inen wie von alters herkommendt, Rotten und Weyssen Wein speyssen und versehenn.,.

Es solle der Hauptman zu erhaltung diesses Rechtens auch gemeinen Nutzen Willenn kurtz für der Ernde oder für sanckt Michaelistag die wasser und flus bereitten, Alle ding daruff eigentlich besichtigenn, da er dan befinden wurdt, das den Urtheil so ergangen nicht

nachgesetzt wehr, soll er die ahn gestellte Pheen mit ernst fürdern und einbringen, Und soll darzu Ime die Obrigkeit In des orts behulfflich sein, Damit über recht und ordnung gehalten werden moge, Doch uff deren Parteyen Kostenn .,.

Da Hauptman in Besichtigung uber Nacht oder Mittags zu schlaffen und verpleiben wurde, soll ihm Futter und mahl der gebur mitgetheilett werdenn .,.

Desgleichen sind auch Alle Muller, die der wasser ahm besten geniessen, so der Hauptman ersuchen wurde ihm futter und mahl mitzutheilen schuldig .,.

Wie lang man des Jars uff denn Wassern Richtenn soll.

Es sollen Hauptman und Wasser Richtere In Irem Ampt denen Parteyen zu richten und zu uerhelffen nicht mehr und lenger schuldig sein, Als funf Monat des Jares nemlich so uff Philippi undt Jacobi Ahnfahen, Und Michaelis enden soll, Doch soll denen Parteyen zu raumenn und zu fegen zur erndt Zeit verschonet werdenn .,

Von welchem Abschiedt und Urtheil ein Jede Partey ein goldtgulden zu erlegen schuldig ist.

Wann die Parteyenn zwischen denen gericht wordenn ist, der Urtheill und Abschiedt copiam begeren wurdenn, soll der Hauptman dieselb in der gebur mittheilen, doch soll Inen Ire besoldungen, wie auch erlegung der Uncosten nach ergangenem Urtheil unuffgehaltenn sein und sie derselben zufurderst bezahlett werdenn .,.

Welche Parteyenn wie von Altem herpracht zu lengeren behaltnus ein gewiesse sonderbare Urkund geschehener Richtung begerenn .,.

Siegell und Schreibgellt Solle durch denn Hauptmann uff Pürgament gebracht und verfertiget und durch Herr Joist Rauwen, mit dessen Ahngebornen Insiegell bekrefftigett, Und Herr Joist Rauwen vor die Sigelung Ein golt gulden, dem Hauptman vor das Purgament und schreibens auch ein goldtgülden erlegett werdenn .,.

Da zwischen denn Parteyen des Uncostens halben Streit und Mengell fürfielen, soll derselb durch hauptman und Richter erkandt und entschiedenn werdenn, derbey es die Parteyen bewendet lassen sollenn.,.

Es solle Hauptman und Richtere jeder Zeit in wehrendem Ampt beiden ahn kleinen undt grossen Wasser Wagenn, welche grosse Waagen mit des heiligen Reichs und Rauwen Wappene bezeichnet sein soll, zusampt einem Zollstab, halbe Reichs Ruden lang bey sich haben, so dann nach verrichtung des Ampts der Hauptmann wieder in sein verwahrung nehmen und halten soll.

Taxa der Möllenn Pfall alter und neuwenn wehrenn bey fell, auch andern ding daruff die wasser Richtere In Irem ampt erkennen muessen.

Ein Eich Pfall zu stossenn kost drey Pfündt heller, denen so den Pfall stossenn, geburett zwey Vierthell Weins .,.

Ein neu wehr zu erkennen daiegen uber ein Pfall stehett und frisch erkendt und geschlagen ist, kost jede Rüde zwei Pfundt heller

Ein Neuwer Uberfall zu erkennen soll von der Ruden 1 Pfund heller gegeben werdenn.,.

Ein alt Wehr so in der Richtung beneben dem Pfall besichtigett, und das wehr gemessen werdt, solle von jeder Ruden ein Pfund Heller gebenn.

Und nachdem biesweilenn Wasser Richtere ahn etlichen notwendigen orten besondere kleine greben erkennen und desswegen besondere kleine Pfehl schlagen muessen und darvou beihl, so man In die kirchen oder Rathsheusser zum behaltnus verwahrlich pfleget uffzuheben den Parteyenn mittheilen werdenn.

Wirdt von Pfall ein Pfundt heller von den zweyen beylen zweyen Parteyenn, zwey Pfundt heller, und vom graben ein Pfundt heller gegeben

Von einer Wasserstuben zu erkennen wird gegeben fünf Pfundt heller

Von einer steinern oder andern Bruckenn zu erkennen dritthalb Pfundt heller

Die weitt eines Wehr Wassers, daz Man ein Fludt graben nennet, wird gegeben Andertthalb Pfundt heller

Die Weitte des Hauptwassers und wie ferne es Ahn der lenge, die gegeben und erkennte weit behaltten soll, ist drey Pfundt heller

Item von einem Neuwen Uffzück zu erkennen, drey Pfundt heller

Desgleichen jedem gemeinen Urtheil ein Pfund heller.,.

Ein gemachter beschlagener Eych Pfall wie vermog diesser ordnung breuchlich, soll ahne drey Pfundt heller geacht werden, und ist ein Pfund heller zwanzig schilling.,.

Nachdem es den Parteyenn von wegen der Itz erzelten ordnung mit denen Pfundt hellern etwas viel getragen, so haben sich von Altersher die Richtern durch Zuthun der Herren Weysen von Fauwerbach dahin vergleichen lassen, das dem Hauptman des tages ohn sein verehrung zwen Reichsgüldenn und denen Wasser Richtern Jeden des tages eine Reichsguldenn gegeben werdenn soll,.

Dem Erblehenstrager dieses des heiligen Reichs Wassergerichts sol so offt er Hauptman und Wasser Richtere uff eines klagenden theil begeren Aussheischenn und in das Schlos und Hauss Dorheim zusamen pringen wirdt, gegeben werden zehen goldt güldenn

Wie auch von einer Neuwenn Möllenn zu einem ganck zehen Pfundt heller zu erckennen gegeben werden.,.

Die Execution Belangendten: Wan nun die Parteyenn, geistliches oder weltliches standes, die treuwen warnungen verachten und nicht annehmen, sondern in dem Allem die Kayss: Reichsordnung harstarriglichen wiedersetzen würden oder woltenn.

Alss solle Herr Rauw von wegen habendens gewalts Undt derselben Keyserlichen und Reichs Oberkeit der wassere die nehest demselbeme wasser da die Richtung gewessenn, dreyenn, zweyen oder einer Herrschafften, was Wurdens oder standts die seyenn, geistlich oder welt-

lich beschreiben und erfürderen, welche so viel man deren bedurfftig, Ire Underthanen uff denselben Platz und ortt zu erscheinen beuehlenn und uff des Hauptmans Ahnweissung, doch in Beysein zweyer Wasserrichtere die Execution ergehenn und was nottig nach der ordnung und wasser Rechts machen lassen sollen.,.

Undt soll also hinfürter wie auch von Alters beschehen, die Execution volnzogen werdenn.,. Nemblichen das die Herrschafften oder Parteyenn denen Iren gebrechen halber uff den wassern geholffen wordenn, uff des Herrn Rauwen erfordern und Zuschreiben, die nehesten und ihnen uffstossenden herschafftenn und Parteyenn (so denen gegebenen Wasser-Rechts Urtheiln nicht nachsetzen, sondern dardurch Schwellung der Wassern den obliegenden Parteyenn grossen verderblichen schaden, ahn Weydenn Wiessen und Andern mutwilligen machen wollen) zu exequiren und zu gehorsam zu pringen helffen jeder Zeit, so es die Notturfft erfoderett gehorsamlichen zu verrichten schuldig sein sollen.,.

Dariegen Niemandt mit gewalt oder sonsten sich wiedersetzen, der daruff ergangenen Uncosten erstatten darzu auch die zuvor gebillichte Peen unnachlesslichen Erlegenn soll.,. 7)

Peen dieser Ordnung

1) Welcher sich der Romischen Kayss. Maiest. unsern aller genedigstenn Herren, Das heilige Romische Reich, Undt derselben diesser hochloblichen Alten Ordnung, wie auch den Erblehntregeren Herrn Joist Rauwen von Holtzhäusenn deren hauptman und wasser Richtern Injurien schmegen mit wortten oder werckenn sich vergreiffen wirdt, soll hochstgedachter Keyss: Mayest: mit Leib und gutt verfallen seien.,.

2) Da auch Jemandt geistliches oder weltliches standts diesser Keyss: Reichsordtnung sich halsstarriglich wiedersetzen und gentzlich zumahl verhindern, und der Volziehung dess wasser Rechts kein statt geben wolt, soll Ahn sechs Mark lötiges goldes, vermög diesserr ordnung gestrafft werdenn.,.

3) Welcher einen Eych Pfall gentzlich zu Mahlen geschedieget, Spoliiret und krafftloss gemacht, also daz er den Nagell und Ring Mutwilliges gewalts abgeschlagen und aussgezogen soll der Keysser: Maiest: mit Leib und gutt verfallen sein.,.

4) Wer ein bestedigtenn Hauptnagell, Aus dem erkenten Eych Pfall entzweygeschlagen und entwendt hett, soll begangenen Spoliums halben drey marck lotiges goldes verfallen sein.,.

---

7) In den späteren Redactionen folgt nun: Dieweil die Wasser und Flüsse in der Wetteraw uff den Grentzen des Lands zu Hessen ihren Ursprung und anlauff haben, und bey dem Churfürstl. Schloss und Stadt zu Höchst in Mayn laufen und ihre gewöhnliche Namen wider verlieren

Alss sollen ein Churfürst von Maintz als des Reichs Canzlar und ein Landgraf an der Löhn uf den Notfall und uf anruffung deren, so das Hauss und Burgsitz zu Dorheim vom Reich Inhaben, in dissem Wasserrecht gebührliche Execution von des Reichs wegen thun helfen.

5) Wie dan auch einer den Rinck an einem Eych Pfall abgeschlagen und endtfrembt, ebenmesig mit drey Marck lötiges goldes verfallen sein soll

6) Ob einer ein Eych Pfall erhabenn oder gesengt hette, wieviel Zoll ahn demselben gefrefelt soviel halb Mark lotiges goldes zu erlegenn schuldig sein soll.

7) Ob auch einer ein Neuwen Mölenn mit einem oder mehr gengen, uff einem namhafften wasser Wetterauwischen Bezircks ohn für wiessen diesses Keyss: Wasser Rechts gebauwett und uffgericht hett, soll ein Mark lötiges goldes schuldig sein.,.

8) Welcher ein gemein Pfall, so eines wegs wehr oder besondern graben halbenn erkendt und geschlagen gewessen, Ausgezogen und geschettiget hette, soll ein Marck lötiges goldes zu erlegen schuldig sein.,.

8) Item da einer uff einem Zügk schediget, was dessen Wehr ettwass zu riessen oder davon endtwendt, soll ahn ein halb Margk lotiges goldes gestrafft werdenn.,.

10) Welcher ein Wehr erhobenn, dardurch von wegenn der schwellung dass wasser den leutten, und viehe, grosser schaden zugefügt wirdt, wieviel Zoll solcher erhabenn, so viel halbe Margk löttiges goldes ein solcher gestrafft werden soll, Und gleich woll daz wehr wiederumb der gebur soll erniedrigen und sencken.

11) Item welcher ahn einer Wasserstubenn erhabenn uffgekeilt oder sonsten schaden zugefugt, soll ahn ein Marck lötiges goldes gestrafft werden.

12) Da ein Muller seinen Pfahl baum erhabenn so manchem Zoll, so viel halb Marck lötiges goldes gestrafft werden soll.,.

13) So auch ein Muller dem Andern, wan die wasser Richtere im Ampt sein, die wasser uffhalten, schwellen auch ubereylen lassen oder sonsten gefehrlichkeit treiben und uben wirdt soll der In und zuuor die Wasserrichtere abziehenn, unnachlesslich An ein Marck lötiges goldes gestrafft werdenn.,.

14) Welcher wieder die gegebene Urtheil die Fischerr fachene zu rechter Zeit nicht abgeschafft, soll ein Marck lötiges goldes verfallen sein.,.

15) Ob auch Jemandt Ahnn einem Wehr unerkendt Wasser Rechts selbst eigener gewalts spoliertt oder ettwas Abgeriessen hett, soll Ahn ein Marck lötiges goldes gestrafft werdenn.,.

16) Wer wieder die erkantenn Urtheill die Baumstreuch und heckenn zu beiden seitenn nicht abgehauwenn,

17) Wer die Pfall stöck holtz und anders, so ihm Wasser hinderlich nicht heraussgeraumpt hette,

18) Wer in dem Raumen die erdt nicht heraüsser ahn die stadenn, sonder Ins wasser geworffen hett

19) Wer In dem Wasser vermög der erkentnus, wo es von notten gewessen nit dieff genung gemacht hett,

20) Welcher dem Haüptwasser denn Flutgrabenn so woll den Möle graben, wie solche erkendt wordenn nicht weit genung gemacht, Und der gebur geraumpt hette.,.

21) Welcher dem Wasser Recht zuwieder einer dem Andern schadenn mit Weyden oder baum Pflantzen zugefugt hett.,.

22) Welcher Einer dem Andern wieder gebur Rechtens ahn oder Inn dem Wasser eygenes mutwillens abgehauwen hette.,.

23) Wer die grabenn, so erkennde Pfäl habenn, welche die Wasser ab und zu Recht fuhren, nicht uffrichtig helt oder einfallen lassen.,.

Welche ahn nehest fürgeschriebenen acht Artickeln Bruchig erfunden, Ahn welchem das wehr, soll Alwegen Anderthalb Marck lötiges goldes gestrafft werden.,.

24) Da auch denn Parteyenn zugeschriebenn worden, die Eych Pfele uff zu suchenn und zu eroffenen, nicht verricht hett, deswegen die wasser Richtere, sowol die Parteyen selbsten uffgehalten wurden, sollen Ahn ein Marck lötiges Goldes gestrafft werden.,.

25) Desgleichenn auch denn Jenigenn, so Ire brieffliche Urkündt uffzuschreibenn, nicht uffgesucht, und zu uerhinderung nicht beypringenn oder fürlegen woltenn, sollen Auch Ahn ein Marck löttiges goldes gestrafft werden

Da auch Haüptman und Wasserrichtere, vermog der Ordnung mit Beherbrigung so wol mit speis, tranck und Anders zur gebur, Nicht gehalten wurden, sollen Ahn ein halb Marck löttiges goldes gestrafft werenn.,.

27) Ob auch eine Partey uff die ergangene Urtheill das zuerkendt uncosten geldt, wie auch Hauptmans und Wasser Richteren besoldung zu rechter Zeit nicht erlegen wurdenn, sollen ein halb Marck löttiges goldes gestrafft werdenn.,.

28) Wo uffzüg vorhandenn und die Jenigenn dieselbenn zu rechter Zeit uff zu ziehenn darauff bestellt sein und seumig erfunden wurdenn, so offt und dick ein solches von dem so daruff bestelt verseumenn und zu rechter Zeit nicht uffziehen würdt, soll jedes mahl ein Pfundt heller zur straff zu erlegenn schuldig sein. Wie dan die Schulteissen oder Burgermeistere der ord uff solche Persohnen fleissige Achtung nehmen, derselben straff föhig sein sollen.,.

Jaist Rhuw vv Holtzhausen.

Nach Absterben Ehrengedachtes herrn Jaist Rhauen seligen, Binn ich under bemelter durch Landgraff Ludwigen Graffen zu Hessen und Philips Ludwigen Graffen zu hanau als keysserlichen verordneten hern Comissarien uber den Burgksietz undt schloss Dorheim undt den Flecken zu Beyenheim so wol auch über das lobliche keysserliche reichs Wasser rechten, so ich ins vierzigste ihar als ein unschuldiger Hauptman threulich versehenn, uff Sampstagk den 26. September Anno 1607 zu Dorheim in der herberge zum grunen baum wiederumb uffe wie angenommen und mit handgebender threu und geburlichen eyd Pflichten bestettiget worden

Philips Sohn Hauptmann dess keyserlichen Reichs Wasser Rechten.

Erinnerung an
Friedrich Carl von Savigny
als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ.

Von

Herrn Staats-Minister a. D. Dr. von Bethmann-Hollweg.

Wenn wir den großen Männern unsres Volks Monumente errichten, so geschieht dieß nicht bloß zum Zeichen des Dankes für das, was sie ihm gewesen, sondern noch mehr um das Bild ihrer geistigen Größe den kommenden Geschlechtern zu überliefern und durch dasselbe auf Alle, Große und Kleine, Gebildete und Ungebildete, erziehend und bildend zu wirken. In demselben Sinne dürfen auch bedeutende Männer, die in einer beschränkteren Richtung gewirkt, aber in ihrem Wesen und in dem mittelbaren Einfluß, den sie geübt, der ganzen Nation angehören, dieser immer wieder vor's Auge geführt und es darf davon ein Gewinn für die Gegenwart, wie sehr sie mit sich selbst beschäftigt sein mag, und für die Zukunft erwartet werden. Für den in der Ueberschrift Genannten ist dieß bald nach seinem Tode durch einen seiner nächsten jüngeren Freunde und Schüler in so edler und befriedigender Weise geschehen[1]), daß ein wiederholter Versuch überflüssig scheinen könnte. Dennoch wage ich ihn, durch äußere Umstände verspätet erst jetzt, sowohl in Erfüllung einer Pflicht der Dankbarkeit gegen meinen verewigten Lehrer und Freund,

---

[1]) Rudorff, Friedrich Carl von Savigny, Erinnerung an sein Wesen und Wirken, in Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 2, S. 1—68. Auch in besonderem Abdruck, Weimar 1862. 8.

eine Pflicht, die der Verfasser jenes Aufsatzes ja Allen, die ihm persönlich nahe gestanden, einschärft[2]), als auch weil ich einige Seiten seiner Wirksamkeit und seines Wesens, die dort nur beiläufig berührt werden konnten, aus unmittelbarster Erfahrung zu Nutz und Frommen Aller, die es angeht, hervorheben möchte. Sie betreffen Savigny als Rechtslehrer, als Staatsmann und als Christ.

Als Rechtslehrer pflegt Savigny der Begründer und das Haupt der historischen Schule unserer Tage genannt zu werden; und in sofern die kritisch-grammatische Sichtung und Erklärung der Quellenzeugnisse, die Berichtigung verjährter Irrthümer durch sie und die Zurückführung des Gewonnenen auf seinen historischen Ursprung und Zusammenhang wesentliche Stücke ächter Geschichtsforschung sind, muß alles dieses zu seinen unbestreitbaren großen Verdiensten gerechnet werden. Allein der schöpferische Genius, der seiner Wissenschaft diese neue Richtung gegeben hätte, war er eigentlich nicht. Seitdem Lessing mit seiner unvergleichlichen Geistesschärfe und seinem unbestechlichen Wahrheitssinn die kritische Bewegung des vorigen Jahrhunderts zu ihrer Höhe geführt, und später für die Philologie Fr. A. Wolff eine neue Aera eröffnet hatte, konnte keine historische Disciplin, also auch die Rechtswissenschaft nicht, sich dem Einfluß dieser Fortschritte entziehen. Und die historische Entwickelung der Volkseigenthümlichkeiten als der vermittelnden Glieder in der Culturgeschichte der Menschheit hatte schon Herder so großartig aufgefaßt und ausgesprochen, daß auch davon die Anwendung auf das Recht als Theil dieser Eigenthümlichkeit sofort gemacht werden mußte.

Es bedarf nur eines flüchtigen Blickes auf die juristische Litteratur aus dem Ende des vorigen und dem Anfang dieses Jahrhunderts, um sich zu überzeugen, daß dem wirklich also war. Für die Kritik der Quellen ist vor Allen Cramer in Kiel zu nennen; und mit welchem Erfolg ist Hugo in Göttingen, wenn-

---

[2]) Rudorff cit. S. 2: „Wenn ein Leben von so hoher und allgemeiner Bedeutung abgeschlossen ist, so wird es Pflicht aller Derer, die ihm persönlich näher gestanden haben, den Mitlebenden und der Nachwelt Zeugniß abzulegen über die eingreifenden Wirkungen, die es hervorgebracht, da nur sie durch unmittelbare Anschauung dazu befähigt sein können."

gleich nur mit mangelhafter Kenntniß der alten Sprachen ausgerüstet, von Anfang an gegen den unkritischen und geistlosen Dogmatismus der Civilisten jener Zeit, der in Glück's Pandektencommentar seine Ablagerung fand, zu Felde gezogen. Ja selbst Thibaut, erst in Kiel, dann in Jena, endlich in Heidelberg, der für Hugo's und der historischen Schule Gegner galt, hat in seinen kleineren Schriften durchaus dieselbe Methode, nämlich die Berichtigung hergebrachter Meinungen durch Rückgang auf den Text der Quellen, verfolgt. Und was eine lebendige, ächt historische Auffassung des Rechtszustandes der Völker und seiner fortschreitenden Entwickelung betrifft, so hatte Justus Möser für das germanische, Hugo für das römische Recht in originaler und wahrhaft schöpferischer Weise den Weg gezeigt. Dieß Verdienst hat Savigny selbst ihnen stets vindicirt. Wie gründliche und umfassende Studien der römischen Rechtsalterthümer Haubold in Leipzig gemacht, deuten seine Lineamente der römischen Rechtsgeschichte und einzelne akademische Abhandlungen freilich nur an. In Bezug auf das öffentliche Recht überhaupt sprach W. von Humboldt's Beurtheilung der französischen Staatsverfassung von 1791 [3]) das historische Princip in so tiefer und treffender Weise aus, wie es damals wohl noch nicht geschehen war.

Savigny ist in Bezug auf das Civilrecht, dem er seine ganze Kraft gewidmet hat, nur in die Fußtapfen der genannten Männer getreten, jedoch mit einer geistigen Begabung, welche Genialität genannt zu werden verdient. In dem Bericht an den König, welcher seine Berufung an die neu gegründete Universität in Berlin herbeiführte, sagte W. Humboldt von ihm: „Dieser durch mehrere allgemein geschätzte Schriften bekannte Mann muß mit Recht zu den vorzüglichsten jetzt lebenden deutschen Juristen gezählt werden, und außer Hugo in Göttingen dürfte ihm Niemand an die Seite gesetzt werden können, da er sich eben so sehr durch philosophische Behandlung seiner Wissenschaft als durch ächte und seltene Sprachgelehrsamkeit auszeichnet."

Um bei dem Letzteren, der Sprachgelehrsamkeit, stehen zu bleiben, so hat Savigny sich nie für einen durchgebildeten Philologen ausgegeben, und, wenngleich schon seiner Inauguralschrift

---

[3]) W. v. Humboldt's Werke Bd. 5.

„philologische Beherrschung und Eleganz des lateinischen Sprachidioms“ nachgerühmt werden durfte[4]), so hatten ihm in seiner Jugend doch längst nicht die reichen Mittel der Schulbildung zu Gebote gestanden, die unsere jungen Leute heutzutage genießen. Aber er besaß ein ursprüngliches Sprachgefühl und eine Begabung für die dialektische Seite des Ausdrucks, welche, von Natur ihm eigen und durch fortgesetzte Uebung entwickelt, ihn nicht nur zu einem classischen deutschen Schriftsteller machten, sondern ihn auch neue und überraschende Blicke in die Rechtsquellen thun ließen. Seine akademischen Abhandlungen, welche sich meist an diese anschlossen, wurden in der philologisch-historischen Abtheilung der königlichen Akademie der Wissenschaften von mehreren der ersten Philologen unserer Zeit stets mit Interesse und Befriedigung gehört; seine juristischen Schriften enthalten zahlreiche Beispiele geistreicher und glücklicher Exegese, und keiner seiner Zuhörer wird die gewandten und überzeugenden Interpretationen schwieriger Pandektenstellen vergessen, mit denen er den dogmatischen Vortrag belebte.

Auch für die Geschichte giebt es einen Sinn unmittelbarer Wahrnehmung und der Vergegenwärtigung längst vergangener Thatsachen und untergegangener Zustände, als ständen sie lebendig vor uns. Es sind ihrer nicht Viele, die ihn besitzen, denen bei Lesung der Geschichtsquellen die Geister der Abgeschiedenen aufsteigen; die Menge, auch der Gelehrten, läßt sich an den Worten genügen. Savigny besaß ihn in seltenem Maaße; doch wurde er hierin von seinem Freunde Niebuhr übertroffen, der besonders dadurch so nachhaltig auf alle Geschichtsforschung gewirkt hat. Daß auch Möser und Hugo diesen Sinn in Anwendung auf das Recht bewährt, ist bereits bemerkt worden. Eigenthümlich war aber Savigny, daß er die historische Ansicht von der Erzeugung und Fortbildung des Rechts als eine Seite der geistigen Eigenthümlichkeit des Volkes, gleich Sprache, Religion, Sitte u. s. w., mit der ganzen Tiefe und vollen Klarheit der Idee auffaßte und aussprach[5]). Dieß ist es offenbar, was W. von Humboldt

---

[4]) Rudorff cit. S. 17.

[5]) Constant in der Einleitung zu seinen Vorlesungen über Institutionen und Pandekten, und dann schriftlich zuerst in dem „Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, Heidelberg 1814. 8.

in seinem Bericht unter „philosophischer Behandlung seiner Wissenschaft" verstand, ein Ausdruck, den wir jetzt nach einem strengeren Begriff von Philosophie vermeiden würden, während er z. B. bei den Franzosen noch immer gäng und gebe ist. Er dürfte seine Berechtigung darin haben, daß jeder ächt wissenschaftliche Zusammenhang, der in einem beschränkteren Stoff aufgesucht wird, ein Anfang oder ein Beitrag zur Construction jener Wissenschaft der Wissenschaften ist. Durch jene ideale Auffassung und Begründung der historischen Rechtsansicht aber ist es Savigny gelungen, ihr zu der unbestrittenen Herrschaft zu verhelfen, die sie gegenwärtig hat; denn nur durch den Nachweis eines nothwendigen Zusammenhanges überzeugt man.

Neben diesen beiden Elementen der wissenschaftlichen Behandlung der Jurisprudenz, der Exegese und der Geschichte, pflegte Savigny in seinen Vorlesungen noch ein drittes als ein wesentliches Stück derselben, das System, nämlich den Zusammenhang der gleichzeitig neben einander bei einem Volke geltenden Rechtssätze, zu nennen, vermöge dessen das gesammte Recht ein von leitenden Grundsätzen getragenes und verbundenes Ganze sei, und hierauf sowohl im Allgemeinen als in der Durchführung im Einzelnen das allergrößte Gewicht zu legen. Offenbar gehört auch dieß und dieß vor Allem zu der „philosophischen Behandlung des Rechts", welche W. v. Humboldt an ihm rühmte. Inwiefern war nun hierin Savigny's Wirksamkeit original und wahrhaft reformatorisch für unsere Wissenschaft? Er pflegte es selbst auszusprechen, daß das Vorhandensein eines solchen systematischen Zusammenhanges nie bestritten worden, und daß die Bemühungen aller Lehrer und Schriftsteller von jeher auf die Darstellung desselben gerichtet gewesen seien. Es fragt sich aber, wie seine unmittelbaren Vorgänger und Zeitgenossen die Lösung dieser wichtigsten Aufgabe angriffen und in wie weit sie ihnen gelungen war? Es sei mir erlaubt, dieß und den Fortschritt, den unsere Wissenschaft in dieser Beziehung Savigny verdankt, an meiner persönlichen Erfahrung klar zu machen.

Ich hatte im ersten Jahr meines akademischen Studiums in Göttingen Hugo's sämmtliche Vorlesungen über römisches Recht fleißig gehört, nachgeschrieben und repetirt. Aber nicht nur stieß seine aller Idealität abgewandte Auffassung des Rechts mich gar sehr zurück, sondern da mir durchaus kein Zusammenhang des

Einzelnen klar wurde, ich nichts begriff, sondern Alles unverstanden dem Gedächtniß einprägen sollte, so waren mir davon in der That nur sehr fragmentarische und dunkle Vorstellungen geblieben[6]). Als ich im Herbst 1814 zum ersten Mal Savigny in Berlin aufsuchte und er äußerte, nach den bei Hugo gehörten Collegien müsse ich schon recht viel vom römischen Recht wissen, gestand ich mir zu meinem nicht geringen Verdruß, daß ich eigentlich nichts davon wisse. — Nun trat ich in Göttingen in den civilistischen Cursus von Heise ein, eines Mannes, den Savigny wegen seines Scharfsinns und seiner Gelehrsamkeit sehr schätzte, mit dem er wissenschaftlich gern verkehrte und von dem er nicht begriff, daß er in ganz anderem Geiste lehren solle. Er las die Pandekten in drei, von Weihnachten an in vier und endlich in fünf Stunden täglich und holte noch das Erbrecht im folgenden Sommer sechsstündig wöchentlich nach. Hier hoffte ich nun durch die Bestimmtheit und Ausführlichkeit des Vorgetragenen für das Fragmentarische der Hugo'schen Mittheilungen entschädigt zu werden, und ich ließ es deshalb an Fleiß im Hören, Nachschreiben und Repetiren meines Heftes in fünf Bänden auch nicht fehlen. In der That blieb mir in den angedeuteten Beziehungen nichts zu wünschen übrig. Allein statt eines meine geistige Thätigkeit in Anspruch nehmenden Zusammenhanges erhielt ich eine kaum zu bewältigende Fülle unverbundenen Stoffes, nach logischen Kategorien geordnet und unter Zahlen und Buchstaben bis ins hebräische Alphabet an einander gereiht, auch mit zahlreichen Beweisen aus den Quellen und der Litteratur belegt. Erstere fing ich zwar an nachzulesen; aber weil der Vortrag durchaus keine Anleitung zu ihrem Verständniß gab, ich darin auf den ersten Blick eben nur die Bestätigung des Gehörten wiederfand und ich der Gewissenhaftigkeit meines Lehrers zutraute, daß es überall so sein werde, überdieß die große Zahl der Citate die Durchführung jenes guten Anfangs mir fast zur

[6]) Erst später, als mir der Zusammenhang dieser Einzelheiten klar geworden, nach meiner Rückkehr aus Verona (1818) hörte ich seine Rechtsgeschichte zum zweiten Mal mit Interesse und Nutzen. Von seinen übrigen Vorlesungen war das Naturrecht unzweifelhaft die schwächste, und die juristische Literargeschichte durch die Fülle lebendiger Gelehrsamkeit und durch die Auslegung der wichtigsten Druckwerke zur Einsicht der Zuhörer die interessanteste und werthvollste.

Unmöglichkeit machte, unterließ ich es später ganz. Nach Verlauf dieses zweiten akademischen Jahres sah ich mich also abermals getäuscht; nicht nur das Interesse für meine Wissenschaft wäre völlig abgestumpft gewesen, wenn es nicht durch Andres, z. B. das Studium von Niebuhr's römischer Geschichte an der Hand von Dionys und Livius, Möser's patriotische Phantasien und vor Allem durch die so eben erschienene Schrift von Savigny „vom Beruf unserer Zeit", wäre lebendig erhalten worden: vom römischen Recht mußte ich mir abermals mit Beschämung gestehen nichts zu wissen, was man im strengen Sinne Wissen nennen kann [7]). — Nun bezog ich im Herbst 1815 die Universität Berlin und hörte Savigny's Pandekten nicht bloß mit höchster Befriedigung, sondern so, daß ich seitdem nie wieder vergessen konnte, was ich hier empfangen hatte, daß es die Grundlage meines juristischen Denkens und Thuns geblieben ist bis auf den heutigen Tag. Jemand, dem ich dieß erzählte, meinte, es möge wohl der Eindruck von Savigny's imponirender und gewinnender Persönlichkeit gewesen sein. Ohne Zweifel wirkte sie mit, und noch mehr seine Liebe für den behandelten Gegenstand, welche allein bei dem Zuhörer Interesse für denselben zu erwecken vermag; daher mir z. B. viele junge Männer begegnet sind, die von Thibaut's liebenswürdiger und geistreicher Persönlichkeit mit Begeisterung sprachen, keiner, den er für das tiefere Studium des römischen Rechts erwärmt hätte. Sehr natürlich! Denn er selbst beklagte es laut, mit einem solchen Wust zufälliger und großen Theils einander widersprechender Gesetze sich beschäftigen zu müssen, während er als ein gemüth- und geistvoller Mann seine ganze Liebe der altitalienischen Musik zuwandte. Ich suche den entscheidenden Grund jener Erfahrung darin, daß Savigny die Kunst besaß, eben jenen innern systematischen Zusammenhang vor den Ohren seiner Zuhörer lebendig zu entwickeln, ihn gleichsam vor ihren Augen neu entstehen zu lassen und sie in die denkende Erzeugung desselben mit hineinzuziehen. Denn, abgesehen von einer geistlosen Mnemonik, behält man nur, wobei man etwas gedacht, was man begriffen hat.

[7]) Erst nachdem Heise Göttingen verlassen und als Präsident des Oberappellationsgerichts in Lübeck eine höchst geachtete praktische Stellung eingenommen hatte, soll das Curatorium der Universität Göttingen sich von dieser mangelhaften Seite seiner akademischen Wirksamkeit überzeugt haben.

Worin bestand nun diese ihm eigenthümliche Kunst systematischer Entwicklung? und worin unterschied sich seine Methode von der bis dahin allgemein üblichen? Hören wir über letztere den berühmtesten Rechtslehrer vor und neben Savigny.

Thibaut, der nicht bloß in der Musik, sondern auch in seiner Lebensanschauung mit seinen Freunden Creuzer und Daub keineswegs der rationalistischen, sondern eher der romantischen Zeitrichtung angehörte, in seiner Wissenschaft aber aus dem angeführten Grunde bei der Methode des vorigen Jahrhunderts stehen blieb, legt darüber in seinem „System des Pandektenrechts“ [8]) ein merkwürdiges Selbstbekenntniß ab. Er erklärt sich § 7 über die Methode beim Aufbau seines Systems folgendermaßen: „Ein Rechtssystem muß den Inhalt der Gesetze in einer systematischen Einheit darstellen. Wären die Verfasser des positiven Rechts von einem einfachen Rechtsprincip ausgegangen und bei dessen Durchführung consequent geblieben, so müßte die Einheit materiell sein, und jeder einzelne Satz aus der höchsten Rechtsregel abgeleitet werden. Allein bei dem Zustande aller bisherigen Gesetzbücher würde die Darstellung in einer materiellen Einheit zu einer völligen Umbildung und Umschaffung des positiven Rechts führen. Der Systematiker muß sich also auf eine formale Einheit beschränken und das Mannichfaltige des positiven Rechts durch Zurückführung auf Arten und Gattungen möglichst zu vereinfachen suchen. Bei diesem Verfahren muß die Abstraction auf den Begriff des Gesetzes, als den höchsten Gattungsbegriff führen, und dieser ist dann in alle seine Theile aufzulösen. Die Erörterungen über die Gesetze überhaupt und was damit nothwendig zusammenhängt, sind dann der Gegenstand des allgemeinen, die Vorschriften der Gesetze über besondere Rechtsverhältnisse der Gegenstand des besonderen Theils.“

Der Verfasser verzichtet also von vorn herein auf eine materielle, aus dem Wesen des Einzelnen und Ganzen abgeleitete Einheit, und beschränkt sich auf eine formale Classification, und er hat damit nur in dankenswerther Klarheit ausgesprochen, was fast alle seine Zeitgenossen thaten [9]). Wer aber würde in einer

[8]) Vierte Ausgabe, Jena 1814. Die späteren Ausgaben und seine mündlichen Erörterungen, herausgegeben von Braun, Stuttgart 1832, zeigen keinen Fortschritt in der fraglichen Beziehung. Die achte (1834) hat eine andere Anordnung.

[9]) Von Heise ist dieß oben bemerkt.

andern Disciplin, z. B. in der Botanik, vom Standpunkt der heutigen Wissenschaft eine solche Classification ein System nennen? Wir Juristen aber, meint Thibaut, sind dazu verurtheilt uns daran genügen zu lassen, wegen der Beschaffenheit „aller bisherigen Gesetzbücher", da diese nicht die einzelnen Bestimmungen aus einem höchsten einfachen Princip ableiteten. Man merke wohl! nicht bloß das römische Recht, sondern alle bisherigen Gesetzgebungen trifft dieser Tadel. Sollen wir also des großen Genius noch warten, der jener Anforderung genügt? oder nicht vielmehr annehmen, dieser Anforderung selbst liege eine schiefe Voraussetzung zum Grunde? Ein erschöpfendes Gesetzbuch für einen Staat zu erfinden, in dem alles Einzelne aus einer einfachen allgemeinen Regel wie ein Uhrwerk abliefe, wäre in der That eine unlösbare Aufgabe für Einen Menschen. Fragen wir aber die Geschichte, so ist es bei der Entstehung des Rechts aller Völker, auch der Gesetzbücher, wo solche gemacht wurden, ganz anders zugegangen, wie Savigny überzeugend nachgewiesen hat; und es zeigt sich auf diesem Punkte die Fruchtbarkeit seiner Ansicht vom Werden des Rechts für die Erkenntniß auch des gewordenen, gegenwärtigen Rechtszustandes. Nach dieser Ansicht ist das Recht eines Volkes stets das Erzeugniß von Jahrhunderten, die still fortschreitende Arbeit des Volksgeistes, den die einzelnen Glieder eines Volkes in ihren rechtlichen Ueberzeugungen und Sitten, die Wissenden in ihren Rechtssprüchen und selbst die Gesetzgeber nur repräsentiren. Da es nun zur Natur des menschlichen Geistes gehört, einheitlich zu denken und zu schaffen, auch der Geist eines Volkes wie der des einzelnen Menschen eine lebendige Einheit ist, so muß sein Recht wie seine Sprache, seine Religion u. s. w. eben diesen einheitlichen Charakter (mehr oder weniger) an sich tragen, den der größte Künstler ihm zu verleihen außer Stande gewesen wäre. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft aber ist es, diese Einheit zu erkennen, wie der Philologe den Gesetzen der Sprache eines Volkes nachforscht.

Wie aber hat dieß zu geschehen? Die Mittel analytischer Logik, Unterscheidung des Einzelnen, Fallenlassen der unterscheidenden Merkmale und Bildung von Gattungen und Arten, Abstraction bis zu einem Allgemeinsten, worauf Thibaut die juristische Methode beschränkt, genügen dazu freilich nicht. Alles kommt auf die Bildung der Begriffe an, durch Aufsuchung ihrer

ursprünglichen, constitutiven Merkmale, ein synthetisches Verfahren, dessen Resultat dann leicht und sicher durch einfache Analyse in der Anwendung auf alles wirklich darunter Begriffene zu verwerthen ist. Jene Begriffe sind dann die principia, die Anfänge oder leitenden Grundsätze des Systems, die, weil das gesammte Recht wirklich ein einheitliches Ganzes ist, auf einen allgemeinsten, auch nicht bloß durch Abstraction, sondern durch jene synthetische Methode zu findenden Begriff, ein höchstes Princip hinweisen. Wie die Induction, durch welche wir zu ihm aufsteigen, so ist aber auch die Deduction von ihm zu den einzelnen Begriffen kein bloß analytisches Verfahren, sondern beruht auf einer durch die Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse und deren realen Zusammenhang bedingten Synthese.

Vergleicht man die früheren Rechtssysteme, so gewahrt man bald, wie bei deren bloß formaler Classification die Bildung der Begriffe sehr leicht genommen, meist vorausgesetzt wird; ja daß die wichtigsten Irrthümer in unserer Wissenschaft daher rühren. Ich erinnere beispielsweise an den Begriff des Besitzes [10]), des Eigenthumes [11]), der Obligatio [12]) u. s. w. Aber vor Allen zeigt Thibaut selbst diese fehlerhafte Methode. Er kommt durch Abstraction zu einem höchsten Gattungsbegriff, dem Begriff des Gesetzes, und glaubt durch einfache Analyse, durch Auflösung desselben in seine Theile, den ganzen Inhalt seines Systems zu gewinnen. Aber schon der erste oder zweite Schritt, den er zu thun genöthigt ist, beweist das Gegentheil [13]). Aus dem Begriff eines „moralischen Gesetzes", dessen Voraussetzung, die freie Persönlichkeit, er ignorirt, folgert er unmittelbar den Begriff der „Verbindlichkeit". Allein schon die Eintheilung der Verbindlichkeiten in „Zwangs- und Liebespflichten" [14]) ist nicht durch Analyse gewonnen, überhaupt nicht begründet, sondern

---

[10]) Auf dessen richtige Bestimmung Savigny's Verdienst, und worauf die meisten Irrthümer der früheren Bearbeiter zurückgeführt werden können.

[11]) Eigenthümer nannte man früher den Inhaber der Nutzungs- und Proprietätsrechte, daher die Lehre vom dominium utile und die damit zusammenhängende Begriffsverwirrung, der im Preußischen Landrecht herrschenden, wonach das Haben jedes Rechts Eigenthum sein soll, nicht zu gedenken.

[12]) Wonach jede „Verbindlichkeit" so genannt wurde. So noch Thibaut s. das Folgende.

[13]) Thibaut cit. §§ 1. 2.

[14]) Mit letzteren wird die römische obligatio naturalis identificirt!

postulirt; und den Grundbegriff der gesammten Rechtswissenschaft, den Begriff „des Rechts (ius) im subjectiven Sinn" ,über den ihn schon Kant belehren konnte [15]), bestimmt er als „die moralische Möglichkeit, einen andern zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu zwingen," wonach z. B. das Eigenthum nur in der Befugniß bestehen würde, jeden Dritten zwangsweise von der Sache auszuschließen, nicht aber, was doch die Hauptsache ist, über die Sache positiv zu disponiren [16]).

Savigny hat freilich nie viel von Synthese und Analyse geredet, aber stets beide am rechten Orte mit sichrem Takt angewendet. In seinen Vorlesungen sprach er sich überhaupt über die systematische Methode nur andeutend aus; zuerst in seinem „System des heutigen römischen Rechts" hat er sich darüber durch Aufstellung der allgemeinsten Begriffe mit einer Anschaulichkeit und Durchsichtigkeit des Ausdrucks erklärt, daß es zur Charakteristik seiner Methode im Gegensatz der Thibaut'schen genügen wird die wenigen Worte hierher zu setzen [17]).

„Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt —, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß. — Ein solches Recht erscheint vorzugsweise in sichtbarer Gestalt, wenn es bezweifelt oder bestritten, und nun das Dasein und der Umfang desselben durch ein richterliches Urtheil anerkannt wird. Allein die genauere Betrachtung zeigt uns, daß diese logische Form eines Urtheils nur durch das zufällige Bedürfniß hervorgerufen ist, und daß sie das Wesen der Sache nicht erschöpft, sondern selbst einer tieferen Grundlage bedarf. Diese nun finden wir in dem Rechtsverhältniß, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ansgeschiedene Seite darstellt, so daß selbst ein Urtheil

---

[15]) Als Jüngling soll Thibaut von Kant begeistert nach Königsberg geeilt sein, um ihn zu hören; er scheint aber, wie manche andere Juristen jener Zeit, den großen Philosophen gründlich mißverstanden zu haben.

[16]) Darauf führt er selbst im Spezialtheil § 558 den Begriff des Eigenthums zurück.

[17]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. I. Berlin, 1840. 8. §§ 4. 5.

über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Das Rechtsverhältniß aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens. Diese lebendige Construction des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem bloßen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen."

„Das Urtheil über das einzelne Recht ist (ferner) nur möglich durch Beziehung der besonderen Thatsachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die einzelnen Rechte beherrscht werden. Diese Regel nennen wir das Recht schlechthin, oder das allgemeine Recht. — Sie erscheint in sichtbarer Gestalt besonders in dem Gesetz, welches ein Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate über die Rechtsregel ist. — Sowie aber das Urtheil über einen einzelnen Rechtsstreit nur eine beschränkte und abhängige Natur hat, und erst in der Anschauung des Rechtsverhältnisses seine lebendige Wurzel und seine überzeugende Kraft findet, auf gleiche Weise verhält es sich mit der Rechtsregel. Denn auch die Rechtsregel, sowie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts, und auch dessen organische Natur zeigt sich sowohl in dem lebendigen Zusammenhang der Bestandtheile, als in seiner fortschreitenden Entwicklung. Wenn wir also nicht bei der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniß unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinem Typus, steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurtheil von der Rechtsregel. — In fernerer Betrachtung aber erkennen wir, daß alle Rechtsinstitute zu einem System verbunden stehen, und daß sie nur in dem großen Zusammenhang dieses Systems, in welchem wieder dieselbe organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden können. So unermeßlich nun der Abstand zwischen einem beschränkten einzelnen Rechtsverhältniß und dem System des positiven Rechts einer Nation sein mag, so liegt doch die Verschiedenheit nur in den

Dimensionen, und auch das Verfahren des Geistes, welches zur Erkenntniß des einen und des andern führt, ist wesentlich dasselbe."

Man sieht, wie grundverschieden bei Thibaut und bei Savigny der Ausgangspunkt des Systems ist. Dort der rein formale Begriff des Gesetzes, aus dem durch bloße Analyse schlechterdings der Inhalt des Rechts nicht zu gewinnen ist; hier Persönlichkeit, Freiheit, Wille, die Grundbegriffe der Ethik, die sich in ihrer Beziehung zur Außenwelt zu einem reichen Systeme verschiedenartiger Rechtsverhältnisse entfalten. Ebenso verschieden ist natürlich die weitere Abfolge von jenen allgemeinsten Begriffen.

Thibaut eröffnet den besonderen Theil seines Systemes [18]) mit der Eintheilung der Gesetze, nach den durch sie begründeten Verhältnissen, in öffentliches (ius publicum) und bürgerliches oder Privatrecht (ius civile, privatum) und trägt, indem er die meisten Zweige des öffentlichen Rechts anderen Vorlesungen überweist, unter der Rubrik „Polizeirecht" die Lehre von „dem Schutz, unter welchen der Staat die eines Vorgesetzten bedürfenden Personen gestellt hat," nämlich „die Lehre von der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft" vor. Ich frage jeden dieser Dinge Kundigen, ob dies Resultat wirklich durch bloße Analyse des Begriffs „Gesetz" gewonnen worden? ob ferner diese Classification der Natur der classificirten Gegenstände, z. B. der über die ganze Lebenszeit der Kinder sich erstreckenden väterlichen Gewalt, entspricht? und endlich ob sie deshalb über das Wesen derselben Aufschluß giebt? Daß der Verfasser auch hier, nach dem Ausdruck seines Verehrers Gans „mit emancipirtem Geiste sich über dem römischen Rechte bewege," ist klar. Aber indem er z. B. die Ehe nur als Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt behandelt, wozu die Römer, welche die persönliche Seite der Ehe gar nicht als Rechtsverhältniß ansahen, guten Grund hatten, ist er wider seinen Willen in die Abhängigkeit von seinem historischen Stoff gerathen. — Das Privatrecht [19]), welches „das Recht des Bürgers gegen den Bürger unter gegebenen Voraussetzungen" befaßt, kann nach seiner Versicherung „die Arten derselben nie vollständig angeben, weil die Mannichfaltigkeit der Handlungen, zu deren Ausübung sie die Befugniß geben, ins Unendliche geht,

---

[18]) Thibaut cit. § 326 folg.
[19]) Thibaut cit. § 549 folg.

muß sich also, wie bisher alle Legislationen thaten, auf die gewöhnlichen, durch den Sprachgebrauch mit besonderen Namen bezeichneten Rechtsinstitute beschränken." Von den verschiedenen Eintheilungen derselben sei nach dem Hauptgesichtspunkt die in dingliche und persönliche die fruchtbarste, und sie wird der nun folgenden Darstellung zum Grunde gelegt. Diese Eintheilung wird aber nicht aus der Natur der verschiedenen Rechte, sondern von der damit verbundenen dinglichen (in rem) oder persönlicher Klage (in personam) abgeleitet[20]). Daher werden zu den dinglichen Rechten auch die Standesrechte, Freiheit u. s. w., zu den dinglichen Rechten auf Sachen auch das Erbrecht gezählt[21]). Ferner wird das persönliche Recht als Correlat des allgemeinen Begriffs „Verbindlichkeit" behandelt[22]), also überall nach rein formalen Eintheilungsgründen systematisirt, die theils das Wesen der Verhältnisse nicht ausdrücken, theils ihm widersprechen, wie es jetzt längst allgemein anerkannt ist. Daß es römisches Recht ist, was hier vorgetragen wird, erfährt man fast nur aus den Beweisstellen für die einzelnen Rechtssätze; und was der Zuhörer der nach diesem Lehrbuch gehaltenen Vorlesungen mit der in den Noten angehäuften praktischen Literatur machen sollte, ist nicht abzusehen. In dem Vortrage selbst unterwog die Behandlung einzelner Controversen.

Wie ganz anders Savigny! Da er das Recht seiner Entstehung nach als ein Erzeugniß des Volksgeistes betrachtet[23]), so ergeben sich ihm nothwendig als nächster Gegenstand des Rechts die Volksgemeinschaft selbst oder der Staat, sodann die Verhältnisse der einzelnen Menschen innerhalb des Staates als zweiter, und somit der Gegensatz des Staats- und des Privatrechts. Seine Aufgabe beschränkt er auf letzteres[24]), und da das Wesen des Rechtsverhältnisses als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens bestimmt wurde, so werden nach den verschiedenen Objekten dieser Herrschaft, der unfreien Natur und fremder Personen (die eigne Person läßt er

[20]) Thibaut cit. § 61.

[21]) Thibaut cit. § 551 folg.

[22]) Thibaut cit. §§ 2. 4. und doch citirt der Verfasser in einer Note Hugo's trefflichen Aufsatz über den Sinn des römischen: obligatio.

[23]) Savigny, System cit. § 8.

[24]) Savigny, System cit. § 52 folg.

nicht als Rechtsobjekt gelten) Rechte an Sachen, Eigenthum u. s. w., und Rechte an Personen, natürlich unbeschadet ihrer Persönlichkeit und Freiheit, also auf einzelne Handlungen derselben, die Obligationen, unterschieden, beide in den Begriff des Vermögensrechts zusammengefaßt. Die Familienverhältnisse, Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft u. s. w. betrachtet er als Vermittlungen des einzelnen Menschen zu dem organischen Ganzen der Menschheit, deren Glied er ist. — Man kann diese Entwicklung im Einzelnen anfechten, wie sie denn auch mannichfach angefochten worden ist, wird aber zugestehen müssen, daß hier wenigstens ein sehr beachtenswerther Versuch gemacht ist, das Einzelne aus dem allgemeinen Begriff des Rechts und seiner Verwirklichung in den wichtigsten, durch die sinnlich-vernünftige Natur des Menschen gegebenen Verhältnissen zur Außenwelt mit Nothwendigkeit abzuleiten, wovon in Thibaut's System keine Rede ist. Auch die eigenthümliche Gestaltung dieser verschiedenen Verhältnisse in dem römischen Recht wird kurz angedeutet; die Ausführung im Einzelnen ist uns leider von der Hand des Verfassers durch die Unterbrechung seines Werkes nicht zu Theil geworden. Sein erstes, treffliches Buch über „das Recht des Besitzes“, welches mit der Frische der Jugend die Reife des Mannesalters verbindet [25]), und sein letztes, die beiden ersten Bände des Obligationenrechts, bieten einen theilweisen Ersatz. Vorzüglich aber hat er das so entwickelte System vollständig in seinen Vorlesungen über Pandekten und Institutionen, also in dieser anspruchslosesten Form, während einiger dreißig Jahre der großen Zahl seiner Zuhörer aus allen Gauen Deutschlands vorgetragen, und, indem er denselben mittelst des lebendigen Wortes diese Methode systematischer Entwicklung als selbständiges Besitzthum mittheilte, die Umwandlung unserer Wissenschaft bewirkt, die ich als sein eigenthümlichstes und größestes Verdienst betrachte. Es sei mir erlaubt, darüber noch einiges Nähere zu sagen.

Vor Allem ist das immer wieder auftauchende Mißverständniß [26]) abzuwehren, als wenn unter System die geordnete Dar-

---

[25]) Er schrieb es 1803, in seinem 24. Jahre, wesentlich in der Gestalt, die er in den sechs folgenden Auflagen nur im Einzelnen zu ergänzen und zu berichtigen Anlaß fand.

[26]) Z. B. in dem nachher anzuführenden Buch: Arnold, Cultur und Rechtsleben S. 398 folg.

stellung des Rechtsstoffes, z. B. des römischen Rechts, zu verstehen sei. Savigny[27]) legte darauf einen so untergeordneten Werth, daß er sich, zu meiner Zeit wenigstens, in seinen Pandektenvorlesungen des Grundrisses von Heise, nach einer zuerst von Hugo aufgestellten Ordnung der Materien, bediente, weil diese Anordnung ihm bei der Entwicklung des innern Zusammenhanges die wenigsten Schwierigkeiten zu bereiten schien; ja, um bei der Fülle des Stoffes Zeit zu gewinnen, beschränkte er sich in einzelnen Materien auf die Erläuterung der Westenbergischen Pandekten nach der Titelfolge. Nur im Familien- und Erbrecht, für welche jener Grundriß damals noch nicht erschienen war, folgte er zu unserer Freude einer einfachen selbstgewählten Anordnung. Alles aber kam ihm darauf an, jenen inneren Zusammenhang genetisch zur Anschauung zu bringen, in dessen vollkommener Herrschaft, wie Savigny oft hervorhob, die großen römischen Juristen sich befanden[28]), während die Anordnung ihrer auf uns gekommenen Werke theils zufällig, theils unvollkommen ist.

Sodann ist zu beachten, daß Savigny nicht das römische Recht in ein abstract ersonnenes System hineinzwängte, sondern, ausgehend zwar von gewissen allgemeinen Begriffen, die, weil in der menschlichen Natur begründet, sich in den Rechten aller Völker verwirklicht finden, die eigenthümliche Gestaltung und Entwicklung derselben aber aus und an den Quellen des römischen Rechts nachzuweisen sich bemühte. Seine Systematik stand auf diese Weise mit der Exegese und Geschichte im genauesten Zusammenhang; ja er bekennt selbst, seine systematische Methode den römischen Juristen, die darin so groß waren, abgelernt zu haben[29]). Für seine Zuhörer war deshalb die Verbindung der Exegese mit dem dogmatischen Vortrag, nämlich die Erläuterung einer ausgewählten Zahl (417) in dieser Hinsicht vorzüglich lehrreicher und zu diesem Behuf besonders abgedruckter Stellen vom größten Nutzen. Ebenso war die Auswahl anderer Quellencitate nicht sowohl als Beweise für die einzelnen Sätze, sondern nach diesem Gesichtspunkt getroffen, also nicht von solchem Umfang, daß dem Zuhörer das Nachlesen bei der Repetition unmöglich gewesen wäre; und da der Vortrag unmittelbar aus den

---

[27]) S. hierüber sein System I. S. XXXVI folg.

[28]) Vgl. darüber auch Leibnitz bei Rudorff cit. S. 46 Note 43.

[29]) Savigny, System cit. I. S. 11 Note 6.

Quellen geschöpft war, so gab er die beste Anleitung zum Verständniß derselben; weckte auch in weiter Strebenden die Lust zu selbständigem Quellenstudium. Bei der Auswahl des Stoffes strebte er keineswegs nach materieller Vollständigkeit der praktischen Bestimmungen, sondern ließ die systematische Rücksicht vorwalten, so daß die Kernmaterien, die den Mittelpunkt des Systems bilden, die meiste Berücksichtigung erfuhren, und Controversen nur, insofern sie die Ausläufer principieller Gegensätze sind und rückwärts diese beleuchten, Beachtung fanden. Von Litteratur führte er nur an, was den Zuhörern zugänglich war und bildend für sie sein konnte. Kurz, es kam ihm nicht darauf an, seine Gelehrsamkeit zu zeigen oder mitzutheilen, sondern Juristen zu bilden. — Wer als Lehrer oder Zuhörer sich an Pandektenvorlesungen betheiligt hat, weiß aus erfreulicher oder schmerzlicher Erfahrung, wie weise diese Behandlung war, wie schwierig es aber auch ist, sie ihm nachzumachen.

Sehen wir ferner auf den Erfolg dieser von Savigny zuerst auf das römische Recht angewendeten Methode [30]) in wissenschaftlichen und praktischen Kreisen, so werden wir nicht umhin können, ihr den allervollständigsten Sieg über die frühere Behandlungsweise zuzusprechen. Der Sieg der Wahrheit ist auch auf diesem Punkte so unbestritten, der Irrthum ist wenigstens in Thesi so vollkommen verschwunden, daß wer in dieser Lebensluft sich bewegt, leicht meint, es könne gar nicht anders sein und sei von jeher so gewesen. Es ist daher kein überflüssiger Beitrag zur Geschichte unserer Wissenschaft, daran zu erinnern, wem wir diese Wohlthat verdanken; dem Verdienste seine Kronen! Auch deshalb, weil die Schüler dies Verdienst leicht sich oder andern Mitschülern zuschreiben könnten, während es nur dem Meister gebührt [31]). Um jedoch nicht nach der anderen Seite ungerecht

[30]) Schriftstellerisch hat Savigny diese Methode auch auf einzelne Theile des germanischen Rechts angewendet, d. h. die eigenthümlichen leitenden Ideen darin aufzusuchen sich bemüht. In Bezug auf das Ganze Eichhorn, J. Grimm u. A. Albrecht soll, als er in Göttingen lehrte, nach dem Zeugniß von Zuhörern, bei beschränktem Stoff darin eine große Meisterschaft entwickelt und dadurch die Einsicht in das Wesen des Rechts überhaupt gefördert haben.

[31]) So ist mein verewigter Freund Puchta neuerdings schlechthin „der große Meister" genannt worden. In der That hat er die Systematik von der formalen Seite, weniger in der ethischen Begründung, mit seltener Meister-

zu werden, ist einzuräumen, daß manche bedeutende Lehrer und Schriftsteller gleichzeitig und selbständig dieselben Wege gegangen sind, wofür ich Hasse als Beispiel anführen möchte. Die Zeit schreitet in einer unsichtbaren Gemeinschaft fort.

Ebenso bedeutend war der Erfolg in praktischen Kreisen, wo er sich freilich nicht so bestimmt nachweisen läßt. In den Ländern des gemeinen Rechts, in welchen die jetzt lebende Generation der Praktiker unmittelbar oder mittelbar unter dem Einfluß dieser neuen Methode gebildet ist und durch den Rückgang auf die neuere Literatur des römischen und deutschen Rechts zur Anwendung derselben genöthigt wird, bedarf es dieses Nachweises kaum. Aber auch in Preußen möchte ich die große Zahl Savingny'scher Schüler zu Zeugen aufrufen, ob sie nicht durch seine Vorlesungen über römisches Recht und über das preußische Landrecht, das er nach derselben Methode aus seinen Quellen erläuterte, zu einer geistigeren Auffassung und Führung ihres Berufs angeleitet und in den Stand gesetzt worden sind. Hierauf aber legte er selbst den größten Werth, da er fern war von jenem Gelehrtenstolz, der die Wissenschaft nur um ihrer selbst willen treibt, sondern als ganzer Mensch ihren Werth für das Leben anerkannte, insbesondere für den Rechtszustand seines Vaterlandes und den Bildungsstand seines Justizpersonals das wärmste Interesse hatte. Hierauf beziehen sich die schönen Schlußworte der oben angeführten Stelle seines „Systems" [32]): „Hieraus", nämlich aus dem Zusammenhang der speziellsten Rechtsfrage mit dem gesammten Rechtssystem einer Nation, „folgt aber, wie nichtig es ist, wenn in der Rechtswissenschaft sehr häufig Theorie und Praxis als ganz getrennt, ja als entgegengesetzt angesehen werden. Verschieden ist in ihnen der äußere Lebensberuf, verschieden die Anwendung der erworbenen Rechtskenntniß: aber die Art und Richtung des Denkens, sowie die Bildung, die dahin führt, haben sie gemein, und es wird das eine und das andere dieser Geschäfte nur von demjenigen würdig vollbracht

---

schaft geübt. Aber wer ihn dazu hat heranreifen gesehen, weiß, daß er auch darin Savigny's Schüler war, wofür er sich selbst stets bekannt hat, ohne je ein ganzes Collegium bei Savigny gehört zu haben. Ebenso ist es manchem Andern ergangen, dem vielleicht nur Savigny's „Beruf" oder ein zufällig ihm in die Hände gefallenes Institutionenheft ein neues Licht aufsteckte.

[32]) Savigny. System I. S. 11.

werden, welchem das Bewußtsein dieser Identität inwohnt." In demselben Sinne bekennt er, daß „die dargelegten Ueberzeugungen bei ihm zwar zunächst durch die genauere Bekanntschaft mit den gerade hierin großen römischen Juristen entstanden, daß sie dann aber hauptsächlich durch die vieljährige Beschäftigung mit der juristischen Praxis entwickelt und befestigt worden seien."

Dies ist denn auch der Punkt, auf dem Savigny's und Thibaut's Anschauung in der berühmten Controverse über die Abfassung eines allgemeinen deutschen Gesetzbuches in praktischen Conflict geriethen; und da diese Frage in neuester Zeit häufig von andern Gesichtspunkten betrachtet wird, so ist es nicht überflüssig, das eigentliche Interesse derselben in Erinnerung zu bringen. Es handelte sich damals nicht bloß um die Frage, ob das Recht normal aus Gesetzen, oder auch als Gewohnheitsrecht entstehe: (da einem unzweifelhaften Gewohnheitsrecht die Geltung vor Gericht niemals bestritten worden, so wäre die praktische Bedeutung dieses Streites nicht erheblich gewesen), sondern darum, ob das gewünschte Gesetzbuch die Jurisprudenz, abgesehen von der grammatischen und logischen Auslegung desselben, entbehrlich machen und alle vermeintlich mit ihr verknüpften Mängel unseres Rechtszustandes, die zahlreichen Controversen u. s. w. beseitigen werde. Thibaut[33]) erwartete diesen Gewinn von der Abfassung eines „einfachen" bürgerlichen Gesetzbuches für ganz Deutschland, welches ohne Zweifel nach dem von ihm aufgestellten Ideal in materieller Einheit jeden einzelnen Rechtssatz aus Einem höchsten Vernunftprincip ableiten und überdies den politischen Gewinn befestigter nationaler Einigung Deutschlands bringen werde. Savigny[34]), gestützt auf die Erfahrung, welche insbesondere in Preußen mit dem im vorigen Jahrhundert durch die ausgezeichnetsten Juristen und Staatsmänner mit der größten Anstrengung verfaßten Gesetzbuch, dem Allgemeinen Preußischen Landrecht, gemacht worden, war der Ueberzeugung, daß das desiderirte Werk nur die unvollkommene Jurisprudenz der Gegenwart, welche sich vielfach von ihrer geschichtlichen, also auch nationalen Basis losgerissen, gesetzlich fixiren, den realen Organismus des im Leben vorhandenen

[33]) Thibaut, Civil. Abhandlungen Nr. XIX. Heidelberg, 1814. 8.

[34]) Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814. 8. Zweite vermehrte Auflage 1828.

Rechtszustandes durch Aufstellung schiefer Begriffe und willkürlicher Einzelbestimmungen zerstören und die Arbeit der stets unentbehrlichen, einheitlich fortschreitenden Jurisprudenz zum Nachtheil von Theorie und Praxis erschweren und hemmen, wo nicht aufheben werde. Eine solche Jurisprudenz, behauptete er, habe ihre natürliche Wurzel in den germanischen und römischen Elementen des gemeinen Rechts, auf welche auch das Preußische Landrecht gebaut und aus welchen es zu erklären sei. Diese ganz Deutschland gemeinsamen Rechtselemente und die Einheit deutscher Wissenschaft und Praxis seien stark genug, um die nationale Einigung, für die auch er glühte, zu erhalten und zu mehren.

Wer nun von Beiden hat Recht behalten? Was die technische Seite der Frage betrifft, so kann auf das Zeugniß jedes gebildeten Praktikers, der aus einem Gebiete des gemeinen Rechts in die Justizverwaltung nach dem Preußischen Landrecht, oder umgekehrt aus dieser in jenes eingetreten ist, provocirt werden, und es empfunden hat, wie sehr hier die auf der Universität gewonnene juristische Bildung durch den Mechanismus logischer Subsumtion jedes Rechtsfalls unter einen Gesetzesparagraphen in Gefahr gebracht wird, und wie er dort frei aufathmen konnte, ja zur Fortsetzung und Vertiefung seines juristischen Wissens und Könnens angeregt wurde. Und wer wird Savigny nicht Recht geben, der einst in der Einleitung zu seinen Institutionen-Vorlesungen sagte: „Gesetzt, es ließe sich im Staat eine juristische Maschine einrichten, die dem Zweck der Rechtspflege vollkommen entspräche, so wäre dieß doch nicht zu loben. Auch der Einzelne, der damit beschäftigt ist, hat ein zu beachtendes Interesse, daß sein Beruf einen würdigen Charakter an sich trage. In Wahrheit aber trifft das Interesse des Staats und des Einzelnen in der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts vollkommen zusammen.“ Denn, können wir in seinem Sinne hinzusetzen, nur durch folgerichtige Ableitung der Entscheidung des einzelnen Falls aus den gegebenen höchsten Rechtsprincipien, also durch diesen geistigen Prozeß, der nothwendig und frei zugleich ist, wird auch ein gerechtes Urtheil gefunden, während der Buchstabe des Gesetzbuchs, wenn er nicht durch Jurisprudenz flüssig gemacht und ergänzt wird, wo er zutrifft, den Richter knechtet, und, wo er eine Lücke läßt, ihn der Willkür preisgiebt, also die Findung des wirklichen Rechts vom Zufall abhängen läßt.

In neuerer Zeit hat das politische Interesse der Einigung Deutschlands und seines einheitlichen Verkehrs specielle legislative Unternehmungen hervorgerufen, an deren erster, der Abfassung des deutschen Wechselrechts, Savigny selbst noch Theil zu nehmen berufen war. Schon diese seine Theilnahme beweist, daß er diese Unternehmungen mit seiner Ueberzeugung von dem, was dem bürgerlichen Recht überhaupt Noth thue, nicht im Widerspruch fand. Einer Codification dieses Letzteren würde er auch jetzt wohl nur dann zustimmen [35]), wenn er die germanistische und romanistische Jurisprudenz in dem verflossenen halben Jahrhundert so weit fortgeschritten glaubte, daß aus diesem Unternehmen ihrem ferneren Fortschritt keine Gefahr entstehe. Den Beweis davon würde er aber hauptsächlich darin finden, daß die Verfasser eines solchen Gesetzbuches, wie es die Römer in guter Zeit und die besseren deutschen Statuten und Landrechte des sechszehnten Jahrhunderts gethan, nur das als Gesetz aussprächen, was Gesetz sein kann, und die Entwickelung des Rechtssystems, in welches jenes als ein Einzelnes eingreift, der Jurisprudenz überließen [36]). Wahrscheinlich würde er aber schon aus politischen Gründen die Sache im gegenwärtigen Augenblick für unthunlich erklären. Denn Preußen, das jetzt die politische Einigung mit dem übrigen Deutschland anstrebt, würde sein Landrecht eben so wenig im Interesse einer neuen gemeinsamen Codification aufgeben, als den eroberten oder mit ihm verbündeten Ländern, geschweige den zur Zeit isolirt ihm gegenüberstehenden süddeutschen Staaten, es aufdrängen können. Ueberdieß ist, nachdem man diesem Ziel durch einen gewaltigen, ja gewaltsamen Sprung näher gerückt, die ganze Frage für den Augenblick zurückgetreten. Die nächste Zeit wird mit größeren Aufgaben, vielleicht mit Stürmen zu kämpfen haben, die jenem stillen Friedenswerk nicht günstig sind. Und den partikularen Codificationen, welche hie und da im zwiefachen Widerspruch mit den wahren Bedürfnissen des Rechts und mit der

---

[35]) Vgl. Savigny, vom Beruf, S. 134. 160.

[36]) Die Germanisten haben eigentlich noch mehr Ursache, die Codification zu perhorresciren, als die Romanisten; denn Gesetzgebung ist etwas Römisches, und von Anfang der ersten Berührung beider Rechte ist, indem man das germanische Recht durch Codification conserviren wollte, ihm sein Lebensnerv, die autonome Rechtserzeugung, abgeschnitten worden. So auch durch das Preußische Landrecht.

deutschen Gemeinsamkeit unternommen worden sind, dürfte auch vor der Hand Einhalt geboten sein.

Sind wir also, selbst im praktischen Interesse, vor Allem auf die Rechtswissenschaft hingewiesen, so entsteht die Frage, ob wir uns mit der Errungenschaft, die wir großen Theils Savigny verdanken, begnügen sollen? Er selbst hat sich darüber mit edelster Bescheidenheit ausgesprochen, und da dieß ein wesentliches Element der von ihm empfohlenen historischen Methode ist, so mögen seine Worte hier stehen[37]). Als die drei ersten Bände seines Systems vollendet ihm vorlagen, sprach er es in der Vorrede zu dem ersten aus, wie vollständig er die Mängel seines Werkes einsehe und wie lebhaft er sie empfinde, und fuhr dann fort: „Sollte uns eine solche Erkenntniß den Muth lähmen, den der Entschluß zu jeder weit aussehenden Unternehmung fordert? Beruhigen kann neben jener Selbsterkenntniß die Betrachtung, daß die Wahrheit nicht bloß gefördert wird, indem wir sie unmittelbar erkennen und aussprechen, sondern auch indem wir den Weg dazu zeigen und bahnen, indem wir die Fragen und Aufgaben feststellen, auf deren Lösung aller Erfolg beruht; dann helfen wir Andern, an das Ziel zu gelangen, welches zu erreichen uns nicht gewährt wurde. So beruhigt mich auch jetzt das Selbstvertrauen, daß das vorliegende Werk fruchtbare Keime der Wahrheit enthalten mag, die vielleicht erst in Andern ihre volle Entwickelung finden, und zu reifen Früchten gedeihen werden. Wenn dann über der neuen, reicheren Entfaltung die gegenwärtige Arbeit, die dazu den Keim darbot, in den Hintergrund tritt, ja vergessen wird, so liegt daran wenig. Das einzelne Werk ist so vergänglich wie der einzelne Mensch in seiner sichtbaren Erscheinung; aber unvergänglich ist der durch die Lebensalter der Einzelnen fortschreitende Gedanke, der uns Alle, die wir mit Ernst und Liebe arbeiten, zu einer großen bleibenden Gemeinschaft verbindet, und worin jeder, auch der geringe Beitrag des Einzelnen sein dauerndes Leben findet."

Wird dieß zunächst auf den materiellen Gewinn wissenschaftlicher Forschungen, die Ansichten über einzelne Punkte bezogen, so ist die Zeit längst vorüber, wo seine ersten und unmittelbarsten Schüler als Lehrer und Schriftsteller sich durch die Auto-

---

37) Savigny, System Bd. 1. Vorrede S. XLIX.

rität des Meisters mehr oder weniger gebunden fühlten; er hat es selbst noch erlebt und großartig geduldet, daß sie gegen ihn, wie er gegen seine Vorgänger, die freieste Kritik übten [38]). Er würde auch die lebhafte Opposition, die sich jetzt in der jüngsten Generation gegen die großentheils von ihm begründete „herrschende Ansicht" geltend macht, als ein Lebenszeichen der Wissenschaft freudig begrüßen; nur vielleicht vor der Jagd nach neuen Fündlein warnen, da noch so viel sichrer Boden zu bearbeiten, so vieles, was wir wissen, noch nicht verstanden ist. Aber die Hauptfrage bleibt, ob nicht auch in der Methode ein Fortschritt anzustreben, ja vielleicht schon eine ganz neue Methode entdeckt sei? Jenes behaupten wir, ganz im Sinne von Savigny's angeführten Worten; dieses muß ich bestreiten. Die vorgeblich neuen methodischen Anläufe folgen den zwei Hauptrichtungen unsrer Zeit: einem einseitigen Materialismus oder Idealismus.

Es wird behauptet [39]), die Savignysche Methode habe sich darauf beschränkt, die Sätze des römischen Rechts nachzudenken und darzustellen, und dieß sei verdienstlich gewesen. Es komme aber jetzt auf die selbständige Analysirung unsrer Rechtsinstitute an, und ein wesentliches, bisher ganz vernachläßigtes Element der dabei anzuwendenden Methode sei das Studium der den Rechtsverhältnissen zum Grunde liegenden „Naturverhältnisse". In einem verwandten Sinne hat man die Beziehung des Rechts zum wirthschaftlichen und Culturleben der Völker zu größerer Berücksichtigung empfohlen [40]). Etwas ganz Neues kann ich weder in dem Einen noch in dem Andern anerkennen, und

---

[38]) Als ich meine Schrift: Ursprung der Lombardischen Städtefreiheit 1846 veröffentlichte, worin ich seine Lieblingsmeinung, die Ableitung derselben aus der römischen Municipalverfassung, bestritt, sagte er freundlich lächelnd zu mir: Auch du, mein Sohn Brutus?

[39]) Leist, über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute, Heft 1. 2, Jena 1854. Heft 3, über die Natur des Eigenthums 1859. Der Verfasser hat in der von ihm ungenügend befundenen Savigny'schen Methode bekanntlich Tüchtiges geleistet; die Beispiele des Gewinns, den die jetzt empfohlene neue Methode bringen soll, scheinen mir nicht erheblich.

[40]) Arnold, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865, ein in schönem Sinne geschriebenes Buch. Allein auch dieser Verfasser hat wohl in seiner Geschichte der deutschen Städte für seine Thesis mehr geleistet, als in den hier gegebenen Ausführungen. Auch sein Protest gegen die Begriffe „Volksgeist" und „Organismus", deren sich Savigny und seine Schule so oft bedienen, scheint mir un-

jener Ansicht liegen außerdem verschiedene bedenkliche Irrthümer zum Grunde. Kein Verhältniß des Menschen zur Außenwelt ist ein bloßes Naturverhältniß, sondern vermöge seines vernünftigen Willens und der Beziehung desselben zu dem Willen Andrer von Haus aus ein sittliches und in der Regel ein Rechtsverhältniß. Die Abstraction, wonach man beide als Stoff und Form unterscheidet, führt zu schiefen Auffassungen[41]), und die Beschuldigung der Savignyschen Methode, daß sie die Natur der verschiedenen Objekte des rechtlichen Willens oder des Verhältnisses unbeachtet gelassen, ist ganz unbegründet. Ist doch, wie wir gesehen, sein System eben hierauf gebaut und hat daraus für die Erkenntniß des Einzelnen die fruchtbarsten Folgerungen gezogen. Und wenn die Berücksichtigung nationalökonomischer Dinge gefordert worden, so mußte von derselben Seite zugestanden werden[42]), daß er z. B. die Lehre vom Gelde in lichtvollster Entwickelung für das Obligationenrecht verwerthet habe. Desgleichen ist der Zusammenhang der Rechtsgeschichte mit dem Culturleben der Völker meines Wissens noch nie geleugnet, auch von Savigny und Andern vielfach nachgewiesen worden. Ein Fortschritt freilich in der einen und andern Richtung ist möglich und jeder Beitrag dazu dankbar anzunehmen. — Durchaus schief und methodisch verwirrend ist aber das Postulat, „selbständiger Analysirung unsrer Rechtsinstitute", wodurch über das in den Quellen des römischen Rechts Gegebene hinausgegangen werden soll[43]). Man verstehe mich recht! Es ist nicht die Meinung, daß die romanistische Jurisprudenz keine andre Aufgabe habe, als den Inhalt der Quellen zu eruiren und systematisch zusammenzustellen. Die nächste Aufgabe ist dieß allerdings. Aber indem wir die Gedanken der römischen Juristen, welche in der Regel auf „etwas Rechtschaffenes" gingen, ihnen nachdenken, worin Savigny eben eine seltene Meisterschaft besaß, können wir sicher sein, einen realen Gewinn davon zu tragen. Dann aber gehen wir auch vermöge der unaufhaltsamen Freiheit

---

begründet. Für alle geschichtlichen Erscheinungen bleibt freilich der letzte Grund unerklärt; aber für die Einheit des Volkes von der geistigen Seite und für ein irgendwie gegliedertes Ganze wüßte ich doch keine bezeichnenderen Ausdrücke.

[41]) Vgl. meinen Civilprozeß I. S. 10.

[42]) Leist im Heft 1. S. 51.

[43]) Ueber andere Versuche dieser Art vgl. meinen Civilprozeß II. S. 208, Note 7. S. 271, Note 63. S. 488, Note 19.

des Denkens über sie hinaus: formell, indem wir uns zum Bewußtsein bringen, was ihnen vielleicht nie vollkommen bewußt geworden; und materiell, indem wir Consequenzen ziehen, die sie nicht gezogen haben. Savigny's frühstes Werk, der „Besitz", möchte dazu mehr als Ein Beispiel enthalten. Falsch aber wäre es und zu unrichtigen Resultaten führend, wenn wir bei der wissenschaftlichen Construction irgend eines von den Römern in unseren Rechtszustand übergegangenen Instituts diesen geschichtlichen Zusammenhang ignorirten und „selbstständig" verfahren wollten, ein überdieß vergebliches Bemühen; denn das Gegebene als Ausgangspunkt unsres Denkens bestimmt immer, selbst wenn wir in den reinen Gegensatz übergehen, mehr oder weniger dessen Fortgang. Hat freilich das römische Institut bei der Aufnahme in Deutschland Modificationen erfahren, so sind diese nicht auf jene Quelle, aber auf eine andere historisch gegebene, meistens auf unsere nationale Rechtsanschauung zurückzuführen. Eben so solche Institute, welche ganz in dieser wurzeln, sie mögen nun schon dem Mittelalter oder erst der Neuzeit angehören. Die Emancipation von allem historischen Einfluß strebt nur die, von jenen Methodikern nicht gemeinte, rechtsphilosophische Betrachtung an, welche aber nie zu bestimmten Rechtssätzen, einem praktisch anwendbaren Naturrecht, sondern nur zu abstracten, aus der Natur des Menschen überhaupt abgeleiteten Wahrheiten führt. Wie sich Savigny's Methode dazu verhielt, ist die zweite Frage.

Bekanntlich ist ihm schon früh von idealistischer Seite das von W. von Humboldt ausgesprochene Lob „philosophischer Behandlung" bestritten, ja es ist ihm eine bewußte Feindschaft gegen Philosophie schuldgegeben worden. Den Vorwand zu dieser Beschuldigung hat einmal die Stelle in der Schrift „vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" hergeben müssen, wo er sich gegen „ein praktisches Naturrecht oder Vernunftrecht, eine ideale Gesetzgebung für alle Zeiten und alle Fälle gültig" erklärt, und sodann die andre, worin er sagt, „im achtzehnten Jahrhundert habe ein vielfältig flaches Bestreben in der Philosophie" ungünstig auf die Jurisprudenz gewirkt[44]). Er selbst ist in der zweiten Ausgabe der Mißdeutung dieser Stellen

[44]) Vom Beruf, S. 48.

entgegengetreten[45]). Scheinbarer ist die Begründung jenes Vorwurfs dadurch, daß er sich selbst weder mit Rechtsphilosophie beschäftigt, noch an ein fremdes philosophisches System angeschlossen hat. Das erste war eine weise Selbstbeschränkung, weil er sich für jene hohe Aufgabe den innern Beruf nicht zuschreiben konnte, und dieß eine Folge davon, daß keines der seit Kant aufgestellten großen Systeme ihm ein vollkommen befriedigendes, abschließendes zu sein schien, was ja auch die Folge zur Genüge bewiesen hat. Das Bedürfniß der Erforschung dessen, was die sittliche Natur des Menschen in Bezug auf Recht lehre, hat er aber nicht nur anerkannt, sondern selbst den Ausgangspunkt seines Systems, wie gezeigt worden, darin gesucht. Eine ganz neue Methode ist also auch in dieser Richtung nicht entdeckt. Ein Fortschritt unsrer Wissenschaft aber ist auch auf diesem Punkte nicht nur möglich, sondern sehr wünschenswerth. Gelänge es, die systematische Betrachtung nicht bloß des römischen, sondern auch des deutschen Rechts mit den logischen und ethischen Principien der Rechtsphilosophie in lebendige Beziehung zu setzen[46]), also was Savigny mehr durch Takt und geniale Intuition begonnen, streng methodisch fortzusetzen, so wäre dieß auch für die wissenschaftliche Behandlung jener positiven Rechte ein großer Gewinn. Denn der sehr allgemeine Mangel philosophischer Bildung in unsren Tagen macht sich in unsrer Wissenschaft wie in allen andern fühlbar. Und nicht bloß das System, sondern auch die Rechtsgeschichte kann durch philosophische Betrachtung wesentlich gefördert werden, wofür die neueste Zeit beachtenswerthe Beiträge geliefert hat[47]).

---

[45]) Vorrede S. V.

[46]) Von philosophischer Seite ist hierzu in dankenswerthester Weise die Hand geboten durch Trendelnburg's Naturrecht, worin der Jurist nicht, wie in manchen früheren Systemen, den positiven Stoff seiner Wissenschaft auf den Kopf gestellt, sondern mit gründlicher Kenntniß benutzt findet.

[47]) Der frühere Versuch von Gans in Bezug auf das Erbrecht scheint keine bleibende Anerkennung gefunden zu haben. Aus neuester Zeit ist Ihering's Geist des römischen Rechts, 3 Bde., zu nennen, ein Buch, das vielleicht nur an zu vielem „Geist" leidet. Die Analogie ist ein wichtiges, schon von Aristoteles empfohlenes Mittel tieferer Erkenntniß, aber mit Vorsicht zu gebrauchen. Wenn in der übrigens schönen Entwickelung der geistigen Gemeinschaft der Völker, Ausgabe 2, S. 3 flg., Savigny beschuldigt wird, diese verkannt zu haben, so thut der Verfasser ihm abermals Unrecht. Schon im „Beruf" S. 14. 37. flg. ist sie zur Erklärung der Reception des römischen Rechts in

Endlich ist auch in der philologisch-historischen Behandlung des Rechts ein Fortschritt nicht nur möglich, sondern seit Savigny in erfreulichster Weise eingetreten, wozu er den kräftigsten Anstoß gegeben hat. In Summa: die Wege sind gewiesen; es kommt darauf an sie mit Verstand und Ernst zu gehen und also dem unendlichen Ziele näher zu kommen. Unsre Nation aber, meine ich, kann und soll stolz darauf sein, einen Rechtslehrer wie Savigny, dessen Name zwar französisch klingt, der aber durch und durch, nach Geist und Abstammung ein Deutscher war[48]), als ihr Eigenthum hoch halten zu dürfen.

Ob Savigny als Staatsmann eben so groß gewesen wie als Rechtslehrer, diese Frage wird kein Verständiger thun. Es ist dem Menschen nicht gegeben, in so verschiedenen Richtungen zugleich das Höchste zu leisten. Aber daß er in der bedeutenden öffentlichen Wirksamkeit, zu der er berufen war, den Geist und die Gesinnung bewährt hat, welche den Staatsmann im vollen Sinne des Wortes ausmachen, wird Niemand bestreiten. Ich unternehme es nicht, diese Wirksamkeit auch nur in annähernder Vollständigkeit zu schildern[49]), sondern beschränke mich auf die Wahrnehmungen, zu denen mir die persönliche Nähe[50])

Deutschland auf das Bestimmteste anerkannt. Ebenso im System I. S. 80: daß diese Gemeinsamkeit des Rechts, insbesondere des römischen, dem „großen Entwickelungsgang der neueren Zeit" im Gegensatz „der abgeschlossenen Nationalität der alten Völker" eigenthümlich, und daß „das letzte Ziel dieses Entwickelungsgangs vor unsern Augen noch verborgen sei". Ihering nennt dieß einen „Anlauf", der mit Savigny's „Grundansicht" im Widerspruch stehe. (?) Ueber die Anfänge dieses Entwickelungsgangs s. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. I. S. XII. III. S. 33. Selbst Ihering's Gedanke S. 14, daß, wenn es der Wissenschaft gelungen, das römische Recht vollständig in unser Eigenthum zu verwandeln, das Studium desselben der Rechtsgeschichte übergeben werden könne, ist nicht neu, sondern längst von Savigny ausgesprochen. Dagegen wird der genannte neuere Schriftsteller selbst einseitig, indem er die welthistorische Bedeutung des germanischen Rechts gänzlich ignorirt. — Für Philosophie der Geschichte überhaupt enthält werthvolle Beiträge der dritte Band von Lotze's Mikrokosmos.

[48]) Rudorff cit. S. 4. flg.

[49]) Insbesondere lasse ich seine Thätigkeit als Richter in dem Revisions- und Kassationshof für die Rheinprovinz und in der Juristenfakultät zu Berlin unberührt.

[50]) In den Jahren 1815—17, dann 1819—29, und von da bis 1848

und das freundschaftliche Vertrauen des trefflichen Mannes die Gelegenheit bot.

Vor Allem war ihm die Liebe zu seinem Vaterlande, dem engeren und weiteren, der edle Stolz auf seine Größe und der entschiedene Wille, mit Zurücksetzung jedes persönlichen Vortheils ihm zu dienen, eigen, ohne welche kein wahrer Staatsmann gedacht werden kann. Außerhalb Preußen, „im Reiche" geboren und zum Manne gereift, war er dem Rufe nach Berlin in der Zeit gefolgt (1810), wo nach dem Fall des Staats und unter dem fortgesetzten, peinlichsten Druck der Fremden die Wiedererhebung desselben und die Abschüttelung des Joches unter Führung des standhaften Königs durch die edelsten Männer vorbereitet wurde. Die Gründung der Universität Berlin, als die hervorragendste That für die geistige Neubelebung der Nation, die seine Berufung veranlaßt hatte, gab ihm Gelegenheit mit anderen bedeutenden Männern, die sie in sich schloß, an jenem großen Geisteswerke unmittelbaren Antheil zu nehmen. Er hat dann die Jahre der Befreiung durch den Aufschwung der Nation ohne Gleichen (1813—15) im Mittelpunkt erlebt und wurde also durch diese unvergeßlichen Erfahrungen mit dem Staate seiner freien Wahl und dessen Königshause unauflöslich verbunden. Da Alles, was die Waffen tragen konnte, dem Ruf des Königs folgend zu den Waffen griff, so nahm er nicht nur an den nothwendigen Organisationsarbeiten in einer dafür niedergesetzten Immediatcommission Theil, sondern hat auch in Gemeinschaft mit Niebuhr, Schleiermacher und andern Männern des Geistes, während die Franzosen noch in Berlin waren, im Reimer'schen Garten als Landsturmmann mit der Muskete exercirt. Ersteres gab ihm in den Augen der vornehmen Anhänger des Friedens um jeden Preis für immer den bedenklichen Namen eines „Liberalen". Sein König verlieh ihm dafür das eiserne Kreuz am weißen Bande. Letzteres erscheint jetzt fast lächerlich, da glücklicher Weise der Landsturm nie ins Gefecht gekommen ist. Die ganze Maaßregel und die Theilnahme daran waren aber von hoher moralischer Bedeutung. Napoleon soll, als man ihm das Wort Landsturm durch levée en masse erklärte, sich entfärbt haben.

---

m wiederholten kürzeren Anwesenheiten in Berlin, insbesondere 1845 — 4 während eines ganzen Winters.

Einer politischen Parthei hat Savigny nie angehört, ja alles Partheiwesen war ihm in der Seele verhaßt[51]). Soll aber seine politische Richtung näher bezeichnet werden, so wurde diese durchaus durch seine historische Ansicht von Staat und Recht bestimmt. Nicht als hätte er mit Vorliebe an untergegangenen oder todt fortbestehenden Formen der Vergangenheit gehangen. Es ist wohl zu beachten, daß er, obwohl mit der romantischen Zeitbewegung der Vorzeit unsrer Nation, insbesondere dem Mittelalter mit Liebe zugewendet und in seiner Wissenschaft bemüht, die Vorzüge desselben zu lebendiger Anschauung zu bringen[52]), nie an der Idealisirung feudalistischer Zustände sich betheiligt hat, welche Haller's Restauration der Staatswissenschaft mit mehr Beredsamkeit als Geist in Gang brachte, und der ein Theil seiner Schüler verfiel. Ja er hat diese Verirrung, in der er die sonderbare Verquickung einseitiger historischer Vorstellungen mit dem alten Naturrecht auf's Deutlichste erkannte, theoretisch und praktisch jeder Zeit auf das Entschiedenste bekämpft. Die Geschichte schloß für ihn nicht mit 1789 ab; sondern obgleich ein Gegner der Revolution, ihrer Gewaltsamkeit und ihrer abstrakten Principien, erkannte er die stille, unaufhaltsame sociale und politische Umwälzung, welche unser Jahrhundert auszeichnet und der sich kein Verhältniß entziehen kann, auf das Bestimmteste an. Die Aufgabe schien ihm, an Stelle der dem unvermeidlichen Untergang geweihten Formen neue, den ewigen Gesetzen gesellschaftlicher Ordnung und den Bedürfnissen der Gegenwart entsprechende zu setzen. Daß er bei dieser Stellung in der lebendigen Mitte der Dinge den Verdächtigungen und Anfeindungen von beiden Seiten unterlag, war unvermeidlich. Die Liberalen hielten ihn für einen Ultra, wie man es damals nannte, und das Schicksal, das er 1848 mit seinem Könige theilte, hat ihm ohne Zweifel in den Augen Vieler diesen Stempel für immer aufgedrückt. Um so mehr muß es bezeugt werden, daß er, wie sein Freund Eichhorn, — des Ministers Stein rechte Hand in der Verwaltung

[51]) Es ist dieß ein ächt deutscher Zug. Hat doch selbst Dahlmann, von Haus aus ein politischer Mann, bei Veröffentlichung seiner „Politik" den Wunsch ausgesprochen, daß das Buch allen Partheien mißfallen möge. Das ist denn freilich seitdem anders geworden; ob besser?

[52]) Namentlich in seiner Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter und darin besonders durch die schöne Schilderung der Universitäten im 3. Bande.

der befreiten deutschen Länder, der unentbehrliche, von Metternich angefeindete Gehülfe Hardenberg's und aller folgenden auswärtigen Minister bis 1840, der politische Schöpfer des deutschen Zollvereins, — von Seiten der Reaktion seit 1819 die unverdiente Schmach freier Gesinnung im edelsten Sinne des Wortes getragen hat. Er rühmte von dem Philosophen Fr. H. Jacobi, einer ihm verwandten Natur, daß er, obgleich von Anfang ein Gegner der französischen Revolution, sich durch sie nicht in der Liebe zu ächter Freiheit habe irre machen lassen. Was Savigny unter dieser verstand, besagen seine schönen Worte [53]): „Der einfache Unterschied des Despotismus und der Freiheit wird ewig darin bestehen, daß der Regent (oder eigentlich die, denen er Gewalt giebt) dort eigenwillig und willkürlich schaltet, hier aber Natur und Geschichte in den lebendigen Kräften des Volkes ehrt, daß ihm dort das Volk ein todter Stoff ist, den er bearbeitet, hier aber ein Organismus höherer Art, zu dessen Haupt ihn Gott gesetzt hat, und mit welchem er innerlich eins werden soll. Ich wiederhole es, daß dieser Gegensatz des Despotismus und der Freiheit bei den verschiedensten Formen der Verfassung gedacht werden könne: eine absolute Monarchie kann durch den Geist der Regierung im edelsten Sinne frei sein, wie eine Republik des härtesten Despotismus empfänglich ist, obgleich freilich auch manche Formen den einen oder den andern dieser Zustände mehr begünstigen. Ferner kann nicht bloß die höchste Regierung eines Staats, sondern jedes Amt im Staate in diesem Sinne despotisch oder mit Achtung für Freiheit geführt werden. Auch ist es das größte Mißverständniß, wenn man despotischen Charakter nur bei harten äußeren Formen oder nur bei persönlich schlechter eigennütziger Absicht anzutreffen glaubt. Darum bleibt er dennoch aber in sich immer gleich schlecht." — In dieser Anschauungsweise und Gesinnung traf er mit den geistig bedeutendsten Männern jener Zeit zusammen und verkehrte mit ihnen als ein Ebenbürtiger. Unvergeßlich sind mir die Abende in den ersten von den großen Erlebnissen noch angeregten Jahren, wo Staatsmänner wie Wilhelm von Humboldt, Niebuhr, Eichhorn, Stegemann u. A., Helden der Befreiungskriege wie Gneisenau, Grol-

---

[53]) In der Recension von Gönner (1815), Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft I. S. 386. Vermischte Schriften V. S. 131.

mann, Clausewitz u. A. im Savigny'schen Hause zusammentrafen und in freiester Weise Gedanken und Gefühle austauschten, nicht zu verwechseln mit dem feinen diplomatischen Cirkel, der in späteren Jahren eben da gefunden wurde.

Savigny's öffentliche Wirksamkeit begann mit seinem Eintritt in den neu gebildeten Staatsrath 1817, in dem er als Mitglied der Justizcommission von da ab an allen legislatorischen Arbeiten den bedeutensten Antheil nahm. Wer den Staatsrath nur in den vierziger Jahren gekannt, hat von seiner früheren Glanzperiode keinen Begriff. Es waren in ihm wirklich die tüchtigsten Kräfte des Militär- und Beamtenstaates vereinigt, und durch die Verhandlung aller wichtigen Fragen der innern Politik mit der vollen Freiheit einer ständischen Versammlung vertrat er gewissermaßen deren Stelle. Kein Wunder, daß die verschiedenen Richtungen, — Partheien gab es damals in dieser Sphäre noch nicht, — in diesen Verhandlungen sehr bestimmt hervortraten und zuweilen scharf auf einander platzten, so jedoch daß die maßvoll liberal-conservative Richtung, welche der ganzen Regierung König Friedrich Wilhelm's III. eigen war, die Gegensätze auch hier noch unter der Glocke hielt. Ich erinnere mir, daß, als in den zwanziger Jahren aus Anlaß der Mißhandlung eines Gutsunterthanen durch seinen Gutsherrn die Frage der ländlichen Polizei im Staatsrath verhandelt wurde, ein hochgestelltes Mitglied der bureaukratisch-liberalen Seite mir mit Thränen in den Augen sagte: Gerechtigkeit sei ja das Einzige, was der König allen seinen Unterhanen gewähren könne und müsse, während ein liberaler Aristokrat der edelsten Gesinnung mir auf meine Frage versicherte: ohne das Polizeirecht könnten die Rittergutsbesitzer nicht bestehen.

Aehnlich leidenschaftliche Kämpfe hatte Savigny zu bestehen, als ihm die Aufgabe wurde, die einzelnen Gesetze zur Durchführung der Stein-Hardenbergischen Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Eigenthumsverhältnisse zu entwerfen [54]). Er war sich vollkommen bewußt und hat es gegen mich ausgesprochen, welch' tiefe Eingriffe diese Gesetzgebung in erworbene Rechte gethan habe. Aber er war eben so klar darüber, daß, da nicht nur das Princip

[54]) Schon in seinem „Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" S. 16 erwähnte er diese wichtige legislatorische Aufgabe als eine berechtigte.

durch königliches Gesetz fest stand, sondern sowohl für das Ganze des Staates als für die Betheiligten auf beiden Seiten ein realer Gewinn mit Sicherheit zu erwarten stand, es nur darauf ankomme, die Auflösung des bisherigen Verhältnisses mit möglichster Schonung durchzuführen und in dem neuen beiden Theilen eine billige Entschädigung zuzuwenden. Und in welchem Grade hat der spätere Erfolg jene Erwartung gerechtfertigt! Damals aber hatte er es mit der heftigsten Opposition zu thun, der selbst liberale Männer, wie z. B. Gneisenau, Besitzer der Dotation Sommerschenburg, angehörten. Seine Stellung wurde noch schwieriger, als das für Westphalen bestimmte Gesetz den lokalen Verhältnissen nicht entsprechend befunden und einer Umarbeitung unterworfen wurde. Aber seine technische Meisterschaft und seine loyale Beredsamkeit, mit der er die schiefen Gedanken der Gegner auf ihr wahres Fundament zurückzuführen und um so überzeugender zu widerlegen verstand, überwand alle diese Schwierigkeiten, er blieb stets Sieger, wie seine Gegner selbst mit Bewunderung eingestanden; Sieger in der Sache der Regierung des Königs gegen eine von engen Anschauungen oder von Egoismus beherrschte Opposition, wie folgender Vorfall beweisen mag. Als das bäuerliche Gesetz für das Großherzogthum Posen vorbereitet wurde, wo bis dahin der Bauer nur Zeitpächter gewesen war und jetzt Eigenthümer werden sollte, remonstrirte ein deutscher Rittergutsbesitzer dieser Provinz, einer von Savigny's Schülern, die zu Haller übergegangen, übrigens der uneigennützigste Mensch von der Welt und mein lieber Freund, in einer Eingabe an den Minister Schuckmann gegen „das revolutionäre Gesetz" so nachdrücklich, daß er auf Antrag des Ministers, der die Sache nach seiner Art ernst nahm, durch Urthel und Recht eine halbjährige Festungsstrafe zu erdulden hatte. Gerade in dieser Provinz, in welcher der polnische Bauerstand durch Rechtlosigkeit dem polnischen Adel gegenüber während Jahrhunderten seines Eigenthums beraubt worden, war die Maßregel historisch doppelt gerechtfertigt. Und welche Frucht hat sie für die Betheiligten in einer früher unerhörten landwirthschaftlichen Blüthe, der Regierung aber in der dankbaren Ergebenheit des einen Standes gegenüber der meuterischen Gesinnung des andern getragen!

Aber diese Zeit, in der die politischen Gegensätze durch den

humanen Absolutismus der Regierung noch nieder gehalten wurden, ging mit 1840 zu Ende und bald nach König Friedrich Wilhelm's IV. Thronbesteigung, im Jahr 1842, wurde Savigny durch die Ernennung zum Minister der Gesetzrevision in dieser hohen Stellung zu noch bedeutenderer legislatorischer Thätigkeit und noch härteren Kämpfen berufen. Fern von persönlichem Ergeiz ging er ernstlich mit sich und mit vertrauten Freunden, auch mit mir bei einem Besuch auf Rheineck, zu Rathe, ob er die Kraft dazu sich zutrauen und den Ruf annehmen dürfe. Wer hätte ihm bei der hohen Begabung dafür, die schon Minister v. Stein anerkannt hatte, abrathen können, selbst in der bestimmten Voraussicht, daß er den größesten, ja fast unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnen werde. Er hatte in seiner Bescheidenheit anfänglich selbst den Gedanken, sich mit dem Präsidium einer immediaten Gesetz-Revisionscommission zu begnügen und ging nur auf die Bemerkung eines Freundes, daß ihm im Interesse der Sache die Stellung als Minister unentbehrlich sei, davon ab. Aber freilich, auch diese Stellung enthielt einen inneren Widerspruch, der den Erfolg seiner Thätigkeit in Frage stellte. Die Justiz in ihren zwei Hälften, der Rechtspflege und der Gesetzgebung, ist so sehr ein Ganzes, daß eine Theilung unter zwei Minister nicht gedeihen kann. Die Folge ist nämlich, daß der eigentliche Justizminister, der an der Spitze dieses wichtigen Verwaltungszweiges und seines einflußreichen Personals steht, über die Erfahrungen desselben, also über das Material der Gesetzgebung verfügt und die Gesetze zur Ausführung zu bringen hat, das entschiedene Uebergewicht behauptet und dem Minister der Gesetzgebung, der diese Vortheile entbehrt, bei entgegenstehenden Ansichten unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten kann. Nimmt man nun noch die Eifersucht des Ressorts, eine eigenthümliche, Allen, die in dieser höchsten Sphäre gearbeitet haben, wohlbekannte Krankheit, und Savigny's edlen, jedes illoyale Mittel verschmähenden Charakter hinzu, so wird schon dieß Alles erklären, warum er in den sechs Jahren seiner Verwaltung nicht mehr zu Stande gebracht hat. Insbesondere ist die Gesetzgebung für den Civilprozeß und das Strafrecht[55]) hierdurch aufgehalten worden. Aber es kamen noch andere allgemeinere Ursachen hinzu.

[55]) Auch dieß Bedürfniß der Legislation hatte er in seinem „Beruf" S. 40 hervorgehoben.

Unter König Friedrich Wilhelm III. waren nicht nur, wie bemerkt, die politischen Gegensätze niedergehalten und in der Stille um so mehr erstarkt, sondern auch die größten Aufgaben der inneren Politik, welche die Reconstruction des Staats nach seinem Fall und seiner Wiedererhebung zu Tage gefördert hatte, hinausgeschoben worden. Dem ehrwürdigen Könige, dessen standhafter Muth in der Zeit der Unterdrückung mit seinem Volke ausgehalten und es dann zum Siege geführt hatte, hielt die Nation das zu Gute. An seinen Nachfolger, einen Fürsten, der durch edle Gesinnung und Reichthum des Geistes längst die größesten Erwartungen erweckt hatte, trat die Forderung der Lösung jener Aufgaben um so ungestümer heran. Er hielt es für seine Pflicht, jene Gegensätze, die er selbst in sich trug und in Gedanken geeint zu haben meinte, als König in der Wirklichkeit auszugleichen. Wie wenig dieß ihm gelungen, wie während acht Jahren der Staatswagen, an dem zwei Pferde vorn und zwei hinten angespannt wurden, nicht aus der Stelle ging und endlich umschlug, ist uns allen in schmerzlichster Erinnerung. Die höchsten Räthe des Königs, die zum Theil selbst diese Gegensätze repräsentirten, übrigens sämmtlich die edelsten Männer die je ein Ministerium gebildet, hielten treulich bei dem Könige aus und mußten schließlich das Opfer dieser unglücklichen Constellation werden. Savigny, der dieß Schicksal theilte, erfuhr namentlich in der ihm aufgetragenen Ehegesetzgebung die daher rührenden Hindernisse im höchsten Grade. Der Gedanke des Königs diesen Theil des Landrechts, in dem die laxe Consistorialpraxis des vorigen Jahrhunderts einen principiellen Ausdruck gefunden, nachdem die Sitte und die religiöse Gesinnung im Volke längst zu größerem Ernst zurückgekehrt war, im Sinne desselben zu reformiren, war gewiß ein schöner und berechtigter, und Savigny theilte ihn aus innerster Ueberzeugung. Allein es ging ihm auch darin wie seinem Freunde Eichhorn. Das Land verlangte leidenschaftlich die Erfüllung der alten Zusage einer Volksvertretung, und man bot ihm statt dieser Grundlage der Freiheit christliche Frömmigkeit und Sitte, für die es unter jener Voraussetzung vielleicht Sinn gehabt hätte, die es aber als ihm aufgedrungen mit Entrüstung zurückwies. Und selbst in den Beamtenkreisen des Staatsraths hatte Savigny die unbedingten Verehrer des Landrechts zu Gegnern seines Ehegesetzes, deren Leidenschaftlichkeit durch den Fanatismus einiger

Vertheidiger desselben noch mehr gereizt wurde. So mußte er erleben, daß sein Werk, das er in ruhiger geschäftlicher Behandlung durchzuführen gehofft, das Opfer der Partheileidenschaften wurde. Nur ein würdigeres Verfahren in Ehesachen gelang es durchzusetzen; die wichtige Frage der Ehescheidungsgründe aber wurde ungelöst einer späteren Zeit überliefert. Andere Gesetzentwürfe, z. B. die Umbildung der pommerschen Lehne, deren höchst conservative Erbfolge bekanntlich den entferntesten Agnaten das Recht gab, das ihnen angefallene Gut nach einer Taxe des siebzehnten Jahrhunderts anzunehmen und zu dem doppelten oder dreifachen Preis an Schuster oder Schneider zu verkaufen, habe ich an der nun schon compakten reaktionären Opposition im Staatsrath scheitern gesehen. Außerhalb desselben war Savigny, und auf den Wunsch des Königs ich mit ihm, an politisch wichtigen legislativen Unternehmungen betheiligt, z. B. der Reform des Adels nach englischem Vorbilde, einem Preßgesetz auf dem Grunde der Preßfreiheit mit eigenthümlich construirten Geschwornengerichten über Preßvergehen u. A., welche aus gleichen Ursachen in den Akten begraben blieben. Nach dem Umsturz der Regierung in den Märztagen erbat und erhielt er vom Könige in den wärmsten Ausdrücken der Freundschaft seine Entlassung und lebte seitdem in völliger Zurückgezogenheit der Fortsetzung seines großen wissenschaftlichen Werkes, so lange er sich die geistige Frische dazu fühlte, und dann seiner Familie und einem engen Freundeskreise. Den gut gemeinten, aber nicht glücklichen Gedanken, durch seine Person als eine juristische Celebrität das neu geschaffene Kronsyndikat und Herrenhaus zu schmücken (1856), lehnte er entschieden ab und hat nie einen Fuß hinein gesetzt. In der That würde er, selbst wenn er die Kraft zu politischer Thätigkeit sich noch zugetraut hätte, eine befriedigende Wirksamkeit kaum gewonnen haben. Rehberg wirft in Bezug auf Justus Möser die Frage auf, wie dieser sich wohl zu der Zeit nach der französischen Revolution von 1789 gestellt haben würde, wenn er sie erlebt hätte, und urtheilt, wie mir scheint, sehr treffend, daß er sich darin kaum zurecht gefunden haben würde. Aehnlich, glaube ich, würde es Savigny und andern trefflichen Männern der alten Schule in der revolutionären Aera ergangen sein, die mit dem Jahre 1848 über uns hereingebrochen und noch lange nicht zu Ende ist.

Wenn ich endlich Savigny als Christ dem Andenken der Nation zurückzurufen wünsche, so würde vielleicht mancher Leser es lieber sehen, wenn ich gesagt hätte „als Mensch". Allein da die ächte Humanität, die Jedermann an ihm schauen konnte, eine Frucht seines bewußten christlichen Glaubens war, er sich auch nie „des Evangelii von Christo geschämt" hat, so gehört dieser Ausdruck zur Wahrheit seines Bildes. Zur Freude der Einen, zur Beschämung der Andern sei es bezeugt, daß von den Männern, welche in jener großen Zeit vor fünfzig Jahren für die geistige Wiedererhebung unseres Volkes gewirkt, nicht bloß der Minister von Stein, E. M. Arndt, Schleiermacher, Niebuhr u. A., sondern auch Savigny Licht und Kraft aus dieser Quelle geschöpft hat. Und in einer juristischen Zeitschrift darf auch dieß Zeugniß niedergelegt werden, wenn es anders nicht bloß vom Theologen, sondern auch von dem Juristen gilt: Pectus facit Jurisconsultum!

„Die Keime innerlicher, erleuchteter Religiosität" hatte seine treffliche Mutter, die der reformirten Kirche angehörte, während der frühverstorbene Vater lutherisch war, schon in die Kindesseele gelegt[56]); und von welcher Seite konnte dieß tiefer und glücklicher geschehen! Aber zum Jünglinge und Manne gereift war auch ihm die Aufgabe gestellt, diesen Keim in dem Lichte der Wissenschaft und unter den Stürmen des Lebens zu männlicher Reife und Kraft zu entwickeln. Die Verkommenheit der beiden christlichen Kirchen, der evangelischen und katholischen, zu Anfang dieses Jahrhunderts und der Indifferentismus der wissenschaftlichen Kreise bot ihm dazu keine Hülfe. In der hierdurch allgemein begründeten religiösen Unbestimmtheit schloß er mit einer Katholikin aus der so viel Geist in sich schließenden Familie Brentano zu Frankfurt am Main, die in ihm einen Führer zu höherem Frieden erkannt hatte, eine Ehe, bei der das eigene Bekenntniß und das der Kinder gar nicht in Frage kam. Erst während seiner Wirksamkeit an der Universität zu Landshut begegnete ihm in seinem Collegen, dem späteren Bischof J. M. Sailer, eine durchgebildete christliche Persönlichkeit, welche einen für's Leben entscheidenden Eindruck auf ihn machte. Dieser ehrwürdige Mann[57]) hatte unter dem Einfluß der um die Mitte des vorigen

---

[56]) Rudorff cit. S. 10.

[57]) Man vergl. Johann Michael Sailer, Bischof von Regensburg, ein biographischer Versuch von G. Aichinger. Freiburg im Br. 1865. 8.

Jahrhunderts in Norddeutschland durch Klopstock, Herder u. A. neuerwachten Blüthe der Nationalliteratur, welche durch jene confessionelle Unbestimmtheit begünstigt auch auf das katholische Süddeutschland einwirkte, eine allgemeine Bildung erlangt, wie sie in seinem Stande damals nicht häufig war. Sein tiefes Gemüth hatte sich unter Leitung würdiger Lehrer der ächtesten Religiosität erschlossen, und der Einfluß der durch M. Boos, Feneberg u. A. bewirkten religiösen Erweckung in Baiern und Oestreich sie vertieft und belebt [58]). Savigny fand also in ihm Alles, was sein tiefes Gemüth und sein gebildeter Geist in dieser Richtung bedurfte, und die ihm verwandte süddeutsche Art, so wie Sailer's zarte Innigkeit förderten die herzlichste und zutraulichste Freundschaft der beiden Männer, die ihr ganzes Leben hindurch Stand gehalten hat. So oft Savigny später mit Sailer zusammentraf, fühlte er sich im Austausch mit ihm erquickt und erhoben.

Welchen Ersatz aber fand er dafür in Berlin und in seiner Kirche? Anfangs hörte er Schleiermacher, von dessen feinen ethischen Entwicklungen er für die Grundlage seines Rechtssystems ohne Zweifel Gewinn gezogen hat. Auch blieb seine Achtung und Freundschaft diesem großen Theologen stets gewidmet. Für sein religiöses Herzensbedürfniß aber fand er volle Befriedigung bei einem Manne, der in der gelehrten Welt ganz unbekannt geblieben, obgleich die theologische Facultät zu Berlin (Schleiermacher, Neander, Marheineke und Dewette) am Reformationsfest 1817 ihm neben Nitzsch, zum Zeugniß, daß es in der Theologie noch auf etwas Andres als Gelehrsamkeit ankomme, die Doctorwürde honoris causa verlieh, dem Prediger an der Spittelkirche zu St. Gertraud, Hermes. Sehr verschieden von seinen beiden Brüdern, dem eitlen Kieler Theologen und dem sentimentalen Verfasser von

---

[58]) So urtheilten damals warme Freunde Sailer's in beiden Kirchen. Sein eigenes Urtheil über diese religiöse Bewegung während zwanzig Jahren (1796 bis 1816), bis er sich seiner Kiche zu lieb von ihr los sagte, s. in „Fenebergs Leben" München 1814. S. 107 flg. und bei Aichinger cit. S. 295 flg. welcher vom heutigen Standpunkt der katholischen Kirche die Sache natürlich anders darstellt und zum Ueberfluß thatsächliche Unrichtigkeiten einstreut. Savigny erklärte „Fenebergs Leben" für Sailer's bestes Buch, förderte die Berufung von Boos und Goßner nach Düsseldorf und freute sich der persönlichen Bekanntschaft des Letzteren bei dessen Durchreise nach Petersburg.

„Sophiens Reise" in Breslau, stellte er schon in seiner Erscheinung das Bild eines einfach frommen lutherischen Pastors dar. Aber durch fleißige Schriftforschung und durch die Erfahrung der Seelsorge und des eigenen Herzens hatte er eine reine und tiefe Auffassung der evangelischen Wahrheit gewonnen, wie sie damals eine große Seltenheit war und auch jetzt bei dem Reichthum wissenschaftlicher und confessioneller Gegensätze nicht häufig angetroffen wird. Dabei besaß er eine Gabe kunstloser Behandlung der biblischen Texte in Form der Homilie und des würdigen liturgischen Vortrags, welche die Einfältigen befriedigte und einen Kreis hochgebildeter Männer und Frauen der preußischen Residenz sonntäglich in der kleinen Spittelkirche versammelte. So lange er lebte, hörte ihn Savigny regelmäßig, bediente sich seiner bei sacramentlichen Handlungen und hat manchem jüngeren Freunde durch ihn zur ersten Erkenntniß des Evangeliums verholfen. Als er im Jahr 1818 starb, hielt Schleiermacher ihm die Leichenrede; Studirende der damals noch reinen Burschenschaft trugen ihn zu Grabe.

Empfing Savigny also für sein religiöses Leben von Männern der katholischen und der evangelischen Kirche Nahrung, wie stand er zu dem confessionellen Gegensatz? Weit entfernt von dem katholisirenden Synkretismus mancher heutigen Evangelischen, der die köstlichsten Segnungen der Reformation preisgiebt, ohne den Frieden zwischen beiden Bekenntnissen, geschweige die in ferner Zukunft liegende Vereinigung derselben wahrhaft zu fördern, nahm er die edelste irenische Stellung dazu ein. Römischer Verdunklung von Herzen feind, war er der Meinung, daß sie gegen ächte Philologie und Geschichtsforschung nie wieder zur Herrschaft gelangen könne. Er wünschte und hoffte eine Entwicklung der katholischen Kirche Deutschlands in dem Geiste, den damals ihre edelsten Glieder in Baiern und Westphalen vertraten; in welchem Sinne er namentlich auf die Berufung Sailer's zum erzbischöflichen Stuhl in Cöln hinwirkte. Seine Liebe zur evangelischen Kirche äußerte sich unter Anderem auch in der Freude an ihrem reichen Schatz geistlicher Lieder; in frühester Zeit dachte er selbst an ein ihnen gewidmetes litterarisches Unternehmen, dessen Ausführung indeß die durch E. M. Arndt's klassische kleine Schrift über das deutsche Kirchenlied eröffnete hymnologische Litteratur überflüssig machte. Man hat bemerkt, daß verschiedene bedeutende

Männer durch ein Lieblingslied ihrer Wahl charakterisirt würden. So Winckelmann, (der bekanntlich auch nach seinem Uebertritt zur katholischen Kirche und während seines Aufenthalts in Rom zu seiner Erbauung sich das hannöver'sche Gesangbuch kommen ließ) durch Paul Gerhard's: „Ich singe Dir mit Herz und Mund, Herr, meines Herzens Lust". Schelling durch das tiefsinnige Gedicht Gottfried Arnold's: „So führst Du doch recht selig, Herr, die Deinen, recht selig und doch oftmals wunderlich". Savigny liebte vor anderen das tief elegische Lied von Chr. Fr. Richter, mit der ganz entsprechenden Melodie: „Hüter, wird die Nacht der Sünden nicht verschwinden, Hüter, ist die Nacht schier hin". In den Unterscheidungslehren beider Kirchen aber war er der Vermittlung geneigt. Obgleich er sich zu seiner Erbauung und Erleuchtung der besten evangelischen Schriften älterer und neuerer Zeit bediente[59]), konnte er doch einen praktischen Unterschied in der Kernlehre von der Rechtfertigung durch den Glauben nie zugeben; und ebenso glaubte er die verschiedenen Auffassungen vom Sacrament des Altars, nicht bloß in den reformirten und lutherischen Bekenntnißschriften, lediglich der Schule überweisen zu dürfen. Ohne Zweifel hing dieß zusammen mit der seinem tiefen Gemüth besonders zusagenden reineren Mystik des Mittelalters und der neueren Zeit. Rücksichtlich jener hielt er die Schule von St. Victor sehr hoch, und Thomas a Kempis mit seinem naiven Mönchslatein war ihm das liebste Erbauungsbuch. Von der letzteren schätzte er besonders Tersteegen, an beiden aber nicht die Gefühlsschwärmerei, sondern die Tiefe des Gedankens und die Strenge sittlicher Selbstverleugnung. Daß pietistische Enge seinem für alles Gute und Schöne geöffneten Sinn fremd war, bedarf kaum der Bemerkung, obgleich Manche in jener ersten Zeit nur sporadischer christlicher Erkenntniß auch ihm den Ehrentitel eines Pietisten gaben. Die Religion war ihm aber nicht bloß Sache der Erkenntniß, oder gar, wie bei so Vielen, Spiel der Phantasie, sondern die Richtschnur und die Kraft seines Lebens. Daher erkannte er es auch als seine Lebensaufgabe in der gemischten Ehe, die ihm durch göttliche Fügung beschieden war, in tiefster und wahrhaftigster Weise die Einheit

[59]) Aus neuerer Zeit schätzte er besonders die „Betrachtungen über die christlichen Glaubenslehren" des Bischofs Mynster in Copenhagen.

beider Kirchen im Geist, gleichsam prophetisch, zu verwirklichen[60]). Seine Frau hat es bis zu ihrem nicht lange nach ihm erfolgten Ende bekannt, daß sie nächst Gott ihm ihr religiöses Leben und die größere Treue gegen ihre Kirche verdanke.

Wenn die Aufgaben des Erdenlebens nach dem natürlicheu Lauf der Dinge im höchsten Alter zurücktreten, auch die Kräfte dafür nachlassen, so pflegt bei edlen Naturen der Sinn für das Ewige zu wachsen, ja schließlich allein übrig zu bleiben. Savigny pflegte in seinen letzten Lebensjahren „die Vorbereitung auf die große Reise" als sein Hauptgeschäft zu bezeichnen, und hatte dem ihm eigenthümlichen Ordnungssinn gemäß seine Zeit zwischen einsamer Meditation und Gebet und den Liebeserweisnugen für die ihm nahe Stehenden getheilt. „Der Friede höher als alle Vernunft", der ihm in diesem Leben zu Theil geworden, begleitete ihn ohne Kampf auf dem letzten Wege aus der Zeit durchs Todesthal in die Ewigkeit.

Uns aber, den noch hienieden Wandelnden, die ihn gekannt und geliebt, und den künftigen Geschlechtern gebührt es, sein Bild treu zu bewahren und sich daran zu stärken und zu erheben.

---

[60]) Zu der gemeinsamen häuslichen Erbauung gebrauchte er Tauler's Schriften.

Ueber die Entstehungszeit der dem Petrus angehängten Prozeßformeln.

(Bd. V. Heft 3. S. 321—340 dieser Zeitschrift.)

Von

Herrn Professor Dr. Theodor Mommsen in Berlin.

Stintzing hat in dieser Zeitschrift vor Kurzem auf ein bisher wenig beachtetes Schriftstück hingewiesen, das in einer der Handschriften von Petrus Exceptionen und in der ersten Ausgabe derselben diesen anhängt, und den Beweis zu führen versucht, daß darin Prozeßformeln aus justinianischer Zeit vorliegen. Aufstellungen dieser Art machen leicht ein unverdientes Glück; die Freude über die Eröffnung neuer Quellen bestimmt Viele, und oft nicht die Schlechtesten, sich der strengen Prüfung, ob diese Quelle nicht vielmehr eine Lache sei, zu überheben und in dieser Hinsicht sich auf die Gewähr des ersten Entdeckers zu verlassen. Vestigia terrent. Wenn über jede solche Entdeckung zunächst ein contradictorisches Verfahren eingeleitet würde, so möchte dadurch manche verfehlte Bemühung und manche verschwendete Gelehrsamkeit erspart werden, und es liegt im Zweck von Zeitschriften, wie die gegenwärtige ist, für solche Erörterungen die Stätte zu bieten. Ich nun bin vollständig überzeugt, daß Stintzing in seiner Beurtheilung dieser Formeln sich irrt und die literarische Renaissance für echtes Alterthum genommen hat; es sei gestattet die Gründe für meine Ansicht hier zu entwickeln, obwohl sie so einfach sind, daß ich fürchten muß wenig

mehr zu sagen, als der unbefangene Leser sich schon selbst gesagt haben wird.

1) Die fraglichen Formeln erscheinen, so viel bekannt, nur in Einer Handschrift des dreizehnten Jahrhunderts hinter einem etwa im zwölften verfaßten Rechtsbuch. Daß die Ausgabe vom Jahre 1500 aus eben dieser Handschrift geflossen ist, hat Savigny, der beide kannte, als wahrscheinlich bezeichnet, und Stintzing, der ihm hierin widerspricht, ist durchaus den Beweis seiner Behauptung schuldig geblieben. Wer einigermaßen vertraut ist mit der Weise, womit die Herausgeber jener Zeit ihre Texte behandelten, der wird weit größeres Gewicht darauf legen, daß beide in solchen Dingen, wie in dem sinnlosen g. agi und mum § 2 übereinstimmen, als darauf, daß in der Ausgabe eine Anzahl Stellen berichtigt oder doch lesbar gemacht erscheinen, und daß sie den bloß eine bekannte Pandektenstelle umschreibenden Schluß wegläßt. In Handschriften dieser Zeit aber einem nirgends in älteren auftretenden Ueberrest echter klassischer Jurisprudenz zu begegnen, möchte wohl ohne Beispiel sein. In der Zeit vor der Wiederbelebung des justinianischen Rechts ward noch einzeln dieses und jenes ältere juristische Stück aus besserer Zeit abgeschrieben; aber seit die Digesten ihren mächtigen Einfluß geltend machten, vernachlässigte man selbst das Breviar und den Ulpian, ja den Julian, und drehte sich alles Studium um das „corpus iuris". Die Herkunft der fraglichen Formeln ist also wenig geeignet ein günstiges Vorurtheil für sie zu erwecken; entscheiden kann sie natürlich nicht.

2) Daß die fraglichen Formeln von den in der Glossatorenzeit aufgestellten in Inhalt und Form abweichen, wird man Stintzing gern zugeben; die Italiener haben allerdings in ihren Formeln die altrömischen Namen und die altrömischen Amtsbezeichnungen so nicht verwendet. Aber dabei ist übersehen, daß das Werk zugleich mit Petrus in den Handschriften auftritt, der zwar ganz wie die Italiener von den justinianischen Rechtsbüchern abhängt, aber sie wesentlich anders behandelt und im Ganzen genommen einen reineren und mehr römischen Charakter bewahrt hat. Daß in den Kreisen, wo Petrus galt, von Titius und Gaius Seius, von Leo und Maevius die Rede ist, kann in keiner Weise befremden; auch bei ihm steht z. B. in dem (nicht wörtlich aus den Digesten herübergenommenen) Abschnitt 4,

59 als Beispiel der Stipulation: mihi aut Seio decem dare spondes?

3) Vielmehr wird die Frage so zu stellen sein, ob in dem Aufsatz etwas sich findet, was ein Jurist etwa des zwölften Jahrhunderts nicht aus den Justinianischen Rechtsbüchern füglich hat zusammenstellen können. Stintzing weist die ungefähre Uebereinstimmung der Formeln mit Justinians Verfahren nach; der Klagantrag, die Aufforderung des Richters zur Klagbeantwortung, die Klagbeantwortung, die beiden ersten nicht peremptorischen und die peremptorische Ladung, das Accusationslibell im Ehebruchsproceß lassen sich unterscheiden, obwohl in dem sehr zerrütteten Text Worte und ganze Sätze unverständlich bleiben und auch manches vom Platz verschoben scheint. Aber wo ist denn in Form oder Sache etwas Besonderes, etwas was ein Schüler und Leser des Petrus nicht den bekannten Quellen hätte entnehmen können? Man vermißt ungern die streng methodische, in solchen Fällen, wo man doch vom Zweifel auszugehen hat, ganz unerläßliche Beweisführung. Zugegeben, daß der Verfasser dieser Formeln, wie Stintzing dies gegen andere Prozessualisten zu erweisen sucht, in den Antibiblos mit Recht die materielle Klagbeantwortung hineingelegt hat, so folgt doch daraus noch gar nicht, daß er denselben aus eigener Anschauung kannte, sondern nur, daß er die Vorschriften Justinians richtig in diesem gewiß nahe liegenden Sinn auffaßte. Wenn der Brachylogus die Klage und die Ladung gegen Justinians Vorschrift zusammenwirft, unsere Formeln aber beide richtig scheiden, so beweist dies freilich, daß letztere nicht aus dem Brachylogus stammen, aber gewiß nicht einmal, daß sie älter sind als dieser, geschweige denn justinianisch. Das Vorkommen des Namens Agerius würde freilich mehr beweisen, aber wiederum zu viel; denn dieser alte Formelname war lange vor Justinian verschollen und ist sein Gebrauch bei keinem Juristen der justinianischen Zeit nachzuweisen. Auch ist g. agi nicht die „technische Abbreviatur" für G. (vielmehr A.) Ageri, sondern nichts als Entstellung des Vocativs oder Genitivs Gagi oder Gai. Die Bezeichnung libellus contradictionis für den sogenannten Antibiblos kommt, wie Stintzing selbst bemerkt, genau ebenso bei Julian vor; es ist aber eine der auffallendsten und bekanntesten Eigenthümlichkeiten des Petrus, daß er die Novellen eben nach Julian, nicht nach

dem authenticum benutzt. Ueberhaupt scheint die Nov. 53 nebst Nov. 47 in der Fassung Julians die nächste Quelle des § 3 unseres Schriftstücks. Wenn man ferner den § 5 desselben zusammenhält mit seiner Quelle, den Formeln in l. 3 pr. de acc. 48, 2:

Lucius Titius professus est se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre	ego Leo Meviam ream de crimine adulterii accuso
quod dicat eam	quia scio illam
cum Gaio Seio	cum Gaio Seio
in civitate illa	in civitate Rome
domo illius mense illo consulibus illis adulterium commisisse	in domum martium [mariti adulterium Stintzing] commisisse mense Martii die tertia
zu Anf.: libellorum inscriptionis conceptio talis est: consul et dies	huius accusationis libellum tibi iudici dedi
vgl. § 2: item subscribere debebit is qui dat libellos	eique Cintio praefecto praetorio praefectatum regente subscripsi

so fehlt auf die Frage, was denn in den Abweichungen des jüngeren Textes von dem älteren auf das sechste statt auf das zwölfte Jahrhundert hinführe, durchaus jede Antwort. Daß die „gedrungene Fassung an die klassischen Formulare erinnert,“ ist eine subjective Meinung; mir scheint gerade im Gegentheil die Fassung barbarisch und dem zwölften Jahrhundert ebenso angemessen, wie unmöglich für die Epoche Justinians.

4) Es fehlt aber endlich auch nicht an positiven Momenten, welche der von Stintzing behaupteten Zeitbestimmung widerstreiten. Er selbst giebt zu, daß „einige fremdartige Stücke“ ausgeschieden werden müssen, um seine Behauptung durchzuführen; womit wohl zunächst die Pandektenstellen (l. 226 de v. s. 50, 16; l. 1 § 1 si mensor 11, 6) gemeint sind, die allerdings ein Zeitgenosse Justinians unmöglich in dieser Weise in Prozeßformulare einflechten konnte. Eine nähere Bezeichnung dieser Einschiebsel hat er selbst nicht zu geben gewagt; jeder aber wird zugeben, wie bedenklich es ist von einem theils so arg zerrütteten, theils zugestandener Maßen zum Theil wenigstens modernen Schriftstück

gewisse nicht genau specificirte Theile als alt anzusprechen [1]). Die Sprache ist meines Erachtens schlecht, namentlich die Satzverbindung. Intentioni contra me latae falsitatem inesse dico ist nicht lateinisch, weder in der Wendung noch in dem Gebrauch von falsitas, wo etwas nicht verfälscht, sondern nur unbegründet genannt werden soll. Intentio efficax für die begründete Klage ist auch seltsam; fundum quem suppetit nunquam sibi traditum esse confido anstatt quem dicit sibi traditum, nunquam ei traditum esse contendo geradezu barbarisch. Praefecto praetorio praefectatum regente hat Stintzing durch die Conjectur praefecturam urbis regente zu beseitigen versucht, mit Beziehung auf die kürzlich von mir als außerordentliche Magistratur nachgewiesenen agentes vices praefectorum praetorio et urbis. Er hätte hinzufügen können, daß auch Cumulationen beider Aemter selbst vorkommen; das Stadtpräfectenverzeichniß nennt von 347 bis 350 fünf praefecti praetorio et urbis. Aber jeder, der römische Titulaturen kennt, wird zugeben, daß eine solche Stellung lateinisch nicht durch praefectus praetorio praefecturam urbis regens ausgedrückt werden kann, sondern es heißen müßte entweder praefecto praetorio et urbis bei eigentlicher Cumulation, oder praefecto praetorio agente vices praefecti urbis bei stellvertretender Verwaltung. Ueberhaupt aber beruht die Conjectur auf dem willkürlichen und unphilologischen Mißbrauch, den die Civilisten leider immer noch mit den civilistischen Abbreviaturen treiben [2]): wie hätte je aus praef. u. werden

[1]) Aus diesem Grunde ist auch auf die andern Anhänge, die zugleich mit diesen Formeln auftreten, den tractatus actionum und de actionum varietate et earum longitudine hier keine weitere Rücksicht genommen worden. Sollte der Versuch gemacht werden, auch hiervon einzelne Theile der klassischen Jurisprudenz zu vindiciren, so würde dies die Sache des Gegners schwerlich verbessern.

[2]) Gerade einem so vorzüglichen Juristen wie Stintzing gegenüber halte ich eine solche Rüge nicht zurück. Daß in domum martium commisisse entstanden ist aus in domo mariti adulterium commisisse, ist wohl glaublich, wenn man sich etwa adulteri als zufällig ausgefallen denkt. Aber die Aenderung in domo m. mar. aū. (oder ātūm) commisisse = in domo Maevii mariti adulterium commisisse widerspricht aller gesunden Paläographie, die von allen diesen Abkürzungen so nichts weiß. Ebenso soll mūm implorantis aufgelöst werden in m. n̄m̄ = munus nostrum implorantis, wobei theils munus dem Gebrauche zuwider gesetzt ist, theils die Auflösung m für munus gerechtfertigt wird durch die Noten des Petrus Diaconus bei Gothofredus! Eben-

können praefectatum? Ich bin vielmehr überzeugt, daß Cintio praefecto praeturio praefectatum regente zwar sehr schlechtes Latein, aber vollkommen richtig überliefert ist und nichts heißt als „zur Zeit wo der Amtmann Cincius amtirte"; ebenso wie in dem Namen Cintius gewiß weder Curtius noch Curius noch ein anderer Name der Präfectenliste steckt, sondern viel eher der italienische Name Cencio oder Cenci. Daß eine Formel dieser Art sehr wohl geschrieben werden konnte auch als es praefecti praetorio nicht mehr gab, versteht sich von selbst; der Verfasser derselben concipirte offenbar im engen Anschluß an seine Quellen und nicht nothwendig zu unmittelbar praktischem Gebrauch.

5) Ganz entscheidend aber ist, wenn ich nicht irre, die Form der Datirung. Die Behauptung Stintzings, daß diese, weil darin die Jahreszahl nach Christi Geburt nicht vorkomme, „jedenfalls nicht nach dem achten Jahrhundert" gesetzt werden könne, kann unmöglich ernstlich gemeint sein[1]). Nicht viel weniger verkehrt sind die weiteren Behauptungen, daß das Consulat nach 541 nicht mehr besetzt und daß die Datirung nach Postconsulaten damals aufgekommen sei. Die wirklich bekleideten Consulate reichen wenigstens bis in die Zeit des Heraclius; die Rechnung nach Postconsulaten aber war seit dem Anfang des 4. Jahrhunderts in gemeinem Gebrauch und die Zählung post consulatum Basilii unterscheidet sich in keiner wesentlichen Hinsicht von den ältern derartigen Fällen. Hätte ein justinianischer Jurist um 567 die Formeln im Anschluß an die die Nennung des Consulats ausdrücklich vorschreibenden Verordnungen Justinians entworfen, so

daselbst führt Stintzing meine Ausgabe der Noten an, in denen ich die absolute Werthlosigkeit dieser Noten des Petrus überhaupt und nun gar des gothofredischen Textes derselben, ich denke ausreichend, nachgewiesen habe. Aber es scheint das alles umsonst; jede einmal irgendwo gedruckte Abkürzung wird, ohne Rücksicht auf den Kreis, dem sie angehört, ja ohne Rücksicht darauf, ob sie aus Neros Zeit herkommt oder aus Barbarossas, wo es eben paßt beliebig von den Juristen verwerthet.

[1]) „Da nur das Kaiserjahr und die Indiction in dem vorliegenden Datum angegeben sind, dagegen nicht der annus dominicae incarnationis, so dürfen wir die Schrift jedenfalls nicht nach dem 8. Jahrhundert setzen, in welchem die christliche Aera allgemein in Gebrauch kam." So Stintzing mit Berufung auf Ideler 2, 375. Soll das wirklich heißen, daß es keine datirte Urkunde aus der Zeit nach dem achten Jahrhundert giebt, in der das Jahr n. Chr. G. fehlt? Ideler wenigstens hat an dieser Behauptung keinen Theil.

konnte er unmöglich diese damals allgemein gebräuchliche Datirung weglassen.

Aber alles das, obwohl an sich durchaus genügend, um die Frage zu erledigen, ist Kleinigkeit gegen die Datirungsform mense Maii die V und mense Martii die tertia, deren bedenklich moderne Beschaffenheit natürlich auch Stintzing nicht entgangen ist. Wann das Durchzählen der Monatstage in den römischen Kalender eingedrungen ist, verdient allerdings noch eine eigene Untersuchung, wobei vor allen Dingen die verschiedenen Landschaften zu scheiden sein würden.. Am frühesten ist dies vermuthlich in den griechischen, namentlich in Syrien und Aegypten geschehen, da hier die jüngeren einheimischen Kalender in der Regel die Tage durchzählen: ich finde z. B. eine Inschrift aus der Trachonitis (Wetzstein Abh. der Berl. Akad. 1863 S. 283), die mit Recht in das Jahr 350 n. Chr. gesetzt zu werden scheint, mit dem Datum *μηνὶ Ἰουνίου κγ′*; obwohl Beispiele dafür aus so früher Zeit doch selbst in diesen Gegenden noch sehr sparsam sind. — Unter den lateinischen Documenten ist das älteste also datirte, das mir bekannt ist, eine christliche Inschrift aus Africa vom Jahre 452, wonach die Deposition der Gebeine des heil. Laurentius erfolgt ist die III mn. Aug. (Renier insr. de l'Alg. 3431 = Henzen 5338); indeß ist die Zeile LAVRENTI MARTIRIS DIE III MN in Rasur wieder hergestellt und die Vermuthung liegt nahe, daß diese für das fünfte Jahrhundert sonst unerhörte Datirung hier erst später die ältere dem Publicum unverständlich gewordene verdrängt hat. Bei der Bestimmung gerade dieser Inschrift erscheint dies durchaus glaublich. — In Gallien begegnet diese Datirung in eigenthümlicher Form auf den Inschriften aus merovingischer Zeit: so auf dem bekannten Stein von Bordeaux (Leblant inscr. chrét. de la Gaule n. 586 a) aus dem fünften Jahr Chlodovichs (643 oder 690) diae VI idus Augustas, ubi fecit Agusta dies septem, und auf anderen schwerlich älteren: ubi ficit Genarius dies XV (Leblant n. 325) und anderswo ähnlich (Leblant n. 322. 324. 325 a. 360. 674 a.); welche Datirung nach Leblant (vol. 1 p. XXXII; vol. 2 p. 564) in den Urkunden seit 531 erscheint. Niemals aber findet sich hier die bloße Ordnungszahl, sondern stets die Formel ubi (oder quo, quod) fecit mensis dies . . .; diese Datirungsform ist also von der in den fraglichen Formeln angewendeten wesentlich verschieden

und giebt dafür keine richtige Analogie. In Italien endlich, wo der in Rede stehende Kalender zu Hause ist, möchte die von Sickel beigebrachte Inschrift vom Jahre 619 wohl der älteste Fall sein, daß die Monatstage durchgezählt worden sind; und auch bei dieser ist zu beachten, daß es die Grabschrift eines Griechen ist (Theodorus v. c. Grecus Vizanteus), und daß sie zwar den Sterbetag des Vaters nach griechischer, aber den des Sohnes nach römischer Datirung verzeichnet. Unter all den tausenden datirter christlicher Inschriften der Stadt Rom bis zum Jahre 600, die Rossi kürzlich gesammelt hat, ist nicht eine einzige, die die Monatstage durchzählte. Mit den Urkunden steht es schwerlich besser. Stintzing beruft sich auf zwei Papyrusurkunden von Marini n. 1. 87; aber von der ersten sagt Marini ausdrücklich, daß deren Datirung (datum temporibus domni Ioannis III papae in einer Urkunde des Johannes selbst!) ein späterer Zusatz ist, und die zweite ist ebenfalls erweislich interpolirt. Daß einige Briefe Gregors des Großen in den Ausgaben in dieser Weise datirt sind, will gar nichts bedeuten. Wie es sich mit den andern von Stintzing angeführten Documenten des sechsten Jahrhunderts verhält, mögen Sachkundige untersuchen; es werden die sämmtlichen von Ideler und Savigny angezogenen Urkunden noch jede einzeln einer strengen Prüfung zu unterwerfen sein, bevor sie als beweiskräftig anerkannt werden können. Für unsere Frage bedarf es dieser wünschenswerthen, aber weitläufigen Arbeit nicht. Selbst wenn es gelingen sollte, unter tausenden von lateinischen Inschriften und Documenten des 6. Jahrhunderts einige vereinzelte Fälle solcher gräcisirenden Datirung aufzuzeigen, wird sich doch dadurch kein besonnener Kritiker abhalten lassen, jedes lateinische Document, das eine solche Datirung nicht in der eigenthümlichen gallischen, sondern in der uns jetzt geläufigen Form zeigt, mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit später zu setzen mindestens als das sechste Jahrhundert. In einem Document nun gar, das als Rechtsformel auftritt und wie in anderem, so auch in der Datirung die officielle Form festzuhalten bemüht ist, darf es als gewiß gelten, daß es geschrieben ist, als diese Datirung nicht bloß abusiv und vereinzelt, sondern als die recipirte der Zeit auftritt. Demnach sind diese Formeln, wie dies längst Savigny und Böcking mit richtigem Tact erkannt hatten, ein Machwerk nicht des sechsten Jahrhunderts, sondern vermuthlich des zwölften.

Zusatz von Herrn Professor Dr. Jaffé in Berlin.

Die lateinische Prosa erhielt zu einer gewissen Zeit des Mittelalters die Eigenthümlichkeit, daß man aufeinander folgende Satztheile mit Vorliebe in gleicher Weise ausklingend formirte. Es war dies nicht immer ein eigentlicher Reim, der hier zur Geltung kam, doch aber stets ein Gleichklang, welcher dem Reime ziemlich nahe steht. Diese Stilistik gewann ihre Blüthe im 11. Jahrhundert und verlor sich erst etwa nach dem ersten Drittel des 12.

Zum Erweis dieser Bemerkung und zugleich als Probe jener wunderlichen Schreibart hebe ich zwei Stellen aus. Die eine steht in der kurz nach Mitte des 11. Jahrhunderts verfaßten Vulculdi vita Bardonis (Bibliotheca rerum Germanicarum III 525) und lautet so:

Regia illum eo amplius mandata urgebant,
suique eum e contra minus metuebant;
et quos proprii honoris invenire debuit fautores,
eos invenit proh dolor desertores propriosque delatores.

Die folgende zweite Stelle stammt aus der im Jahre 1120 geschriebenen Erzählung des Uodalscalcus de Eginone et Herimanno (Monumenta Germaniae SS. XII. 441):

Ecclesiam ergo nostram ex more ingreditur;
a nemine sibi occurritur.
Siquidem abbas interdictum abnuerat,
suisque hinc cavendum indixerat.
Quaeritur contemptus causa,
referuntur universa.
Tum vero nihil humanum in homine cerneres,
bestiam ex fremitu vel discursu putares.

Läßt sich nun zeigen, daß die Stintzing'schen Formeln unzweifelhaft dem Gebiet jener Reimprosa angehören, so wird damit der Zeitraum vom 11. bis zum ersten Drittel des 12. Jahrhunderts für die Entstehung derselben höchst annehmbar. Zu dem Zweck wird es genügen, wenn ich (abgesehen von den fremdartigen Beimischungen und dem völlig corrupt Ueberlieferten) die Formeln in einer ganz ungezwungenen, sich wie von selbst darbietenden Zeilenanordnung vorführe. Einige Emendationen und Anmerkungen, die ich hinzuthue, werden den Beweis ihres mittelalterlichen Characters noch verstärken.

1) Gaius verklagt den Titius:

Adversus Titium, denarios C. debentem
mihi ex mutuo; vel Cornelianum meum fundum possidentem,
ex venditione et traditione Mevii ad me pertinentem,
ego Gaius apud iudicem Publium
hanc postulationem deposui contra Ticium [1]).

2) Der Richter fordert den Titius auf, die Klage des Gaius zu beantworten:

Gagi [2]) ex interpellatione, audientiam meam contra te sibi fieri implorantis, ammonere te necessarium duximus:
ut, eius conventione considerata, aut confessus satisfacias postulanti, aut contradicens legitime te defendas.

3a) In ius vocatus si in respondendo iuri parere dedignatur [3]),
iuris benefitio, sine induciis [4]) eum ledi, indignum esse videtur.

3b) Titius beantwortet die Klage des Gaius:

α. Intentioni itaque Gaii contra me late falsitatem inesse dico;
quia fundum, quem appetit, nunquam sibi traditum esse confido [5]).
Aliter ita est:

β. Intentionem Gaii contra me latam non dubiam mihi videri dico;
attamen allegatione illa me esse munitum dico.

---

[1]) So ist zu lesen für contra Ticium deposui.

[2]) = Gaii.

[3]) Diese beiden Zeilen gehören offenbar an den Anfang von § 4.

[4]) So ist für iudice zu lesen. In dem 1215—1220 verfaßten Ordo iudiciarius (Rockinger, Briefsteller und Formelbücher vom 11.—14. Jahrhundert, in Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, München, 1863 T. IX. p. 1002) heißt es: Notandum, quod citatio debet fieri tribus edictis, quorum quodlibet continet 14 dies; und dazu bemerkt der Commentator: Et quelibet iparum citationum habet *inducias* 14 dierum; si autem est miles vel nobilis, habebit tres septimanas pro *induciis*. Auch in dem am Anfang des 14. Jahrhunderts verfaßten Baumgartenberger Formelbuch ed. Baerwald (Fontes rerum Austriacarum, Zweite Abtheilung, Band XXV) p. 29 steht: Et sciendum, quod citacionum alia prima, alia secunda, alia tercia peremptoria. In prima requiritur de solempnitate iuris: quod ad minus viginti dierum dentur *inducie* reo, in secunda similiter cet.

[5]) Oder confirmo.

Item:

ββ. Intentionem itaque Gaii contra me latam licet efficacem esse non nego,
attamen me illa allegatione munitum esse confido.

4) Die drei Ladungen:

— — —

„Quare ad nos venire ne dubites,
„nec causam tuam tueri iure formides."
Una denuntiatione citatus si differat (adesse),
nondum videtur contumaciter abesse [1]).
„Quam ob rem nos citare te iterum non piget; ut in te
„videas legis serenitatem procurare benigne."
Tertio ad ius vocata persona absentis,
consequens est, allegationes examinare praesentis.
„Si igitur posthac ad nos venire distuleris,
„tue contumatie, si quid acciderit, imputabis."

Die fünfte Formel ist von anderer Art. Daß aber noch zu Anfang des 14. Jahrhunderts ihr ähnliche Fassungen in Gebrauch waren, lehrt der Commentator zum Ordo iudiciarius l. l. p. 1016 not. p.: Et ponendus primo annus domini sic:

MCCCIII coram vobis accuso B. talem clericum, quod commisit adulterium cum tali in tali loco. Peto, quod privetur officio cet.

Ferner bemerke ich, daß Boncompagni am Anfang des 13. Jahrhunderts in seiner cedrus (bei Rockinger l. l. p. 124) zu einer seiner Formeln altrömische Namen verwendet: Nos Titius et Senpronius, de communi consensu et voluntate consulum societatis Lombardie atque Tuscie facti rectores" —

Endlich die spärliche Anzahl, zum Theil sehr zweifelhafter, Beweise für die schon im 6. Jahrhundert gebrauchte Datirung mit einfacher Durchzählung der Monatstage zeigt nur, daß dieselbe damals höchstens zu den seltensten Ausnahmen gehörte. Begreiflich ist daher ihr Auftreten in den Formeln an sich schon nicht geeignet, dieselben ehrwürdiger zu machen, als sie ohnedies sind.

---

[1]) Folgt tradendum.

Nachträglich bemerke ich, daß in der vorstehenden Erörterung ausschließlich von Reimprosa die Rede gewesen ist. Es durfte demnach die Anwendung des Reims und des dem Reime nahestehenden Gleichklangs in Poesien gar nicht in Betracht kommen, mag er in den Vorreden der lex Salica auftreten, deren von Bethmann-Hollweg hervorgehobene Bestandtheile auch durch Inhalt und hie und da durch rhythmischen Fall sich als Gedichte ausweisen; mag er in den alliterirenden Dichtungen von Anfang des 8. Jahrhunderts (die ich Bibliotheca rer. Germ. III. 38 squ. herausgegeben habe) erscheinen, deren metrisches Gesetz darin besteht, daß jedem Verse acht Silben zugezählt sein müssen; mag er in Leoninischen Hexametern und anderen poetischen Werken des Mittelalters gebraucht worden sein.

Nur die Prosa war in Betracht zu ziehen, die jene reimartige Form im 11. Jahrhundert methodisch ausbildete und erst mit dem ersten Drittel des 12. in nachweisbarer Allgemeinheit verlor. Die historischen Werke jenes Zeitraums, die von dem reimenden Singsang durchdrungen sind, lassen sich zu Dutzenden herzählen. Was will man mehr, wenn sogar die Urkunden der Kaiser und die Bullen der Päpste von dieser Schreibart erfüllt sind? Ich setze aus den Urkunden Conrads II. und Heinrichs III. von 1026 und 1045 (Boehmer Acta imperii p. 42 und 52) diese Stelle her:

Sanctorum patrum decretis
canonica auctoritate fultis
et experimento mundane legis instruimur,
ut publice rei et sanctarum ecclesiarum causas aequa lance et iusto examine pensemur;
quae duo maxime bona
licet inter se vario sint ordine distincta,
ita tamen sibi invicem iusta
dispositione Dei sunt connexa,
ut, si alterum perierit, alterum
precipitium pati non sit ambiguum.

Ferner aus einer Urkunde desselben Kaisers Heinrich von 1045 (März) ibid. p. 53:

Qui bonorum dona data laudant
laudataque confirmant,

summam beatitudinem adepturos satis felices se credant;
fidelium eciam paratior est devotio,
si benigniorem se exhibet illorum precibus domini dilectio.

Sodann aus einer Bulle Papst Leo IX. von 1049 Apr. 13 (Beyer Urkundenbuch I. 383):

Aeternum
divinae dispensationis consilium,
quo decrevit per tempora
distribuere omnia,
nulla rerum mutabilitate mutatur,
nulla temporum diversitate variatur.

Dann im weitern Context:

Nos autem ea intuentes
et diligenter perpendentes,
dignum duximus, cum consilio et consensu
tocius cleri et populi Romani id ipsum de primatu,
sicut constitutum erat, confirmare
atque nostris apostolicis apicibus corroborare.

Nur mit dieser Reimprosa stehen die Formeln zusammen. Und wenn die Frage zur Erörterung kommt, wann sie verfaßt sind, so muß ich dafür halten, daß, beim Mangel anderer Zeitmerkmale, die Nöthigung vorliegt, sich für denjenigen Zeitraum zu entscheiden, in welchem ganz unzweifelhaft die in den Formeln herrschende Assonanz die prosaische Litteratur systematisch erfüllt, während sie in früherer Zeit weder häufig ist, noch so durchgreifend ausgebildete Beispiele darbietet. Ebenso selten sind spätere Fälle.

Eine hervorragende Wichtigkeit für die Frage hat jedoch der Auctor vetus de beneficiis. Er ist durchweg in Reimprosa abgefaßt, und nachdem er früherhin von verschiedenen Gelehrten ins 10., ins 11., ins 12. und 13. Jahrhundert versetzt worden war, hat ihn Homeyer nach seiner vorliegenden Gestalt, besonders wegen I. 12 (Sachsenspiegel II[b] p. 79) in den Anfang des 13. Jahrhunderts verlegt. Allein beim gegenwärtigen Mangel aller handschriftlichen Ueberlieferung des Auctor vetus sind zweierlei Nachweisungen Homeyer's selbst

sehr in Betracht zu nehmen: Einmal, daß demselben schon irgend ein Landrecht vorgelegen haben müsse, und ferner: daß er im Laufe der Zeit augenscheinlich durch Zusätze vermehrt worden ist. Doch wäre auch kein Bedenken darüber möglich, daß der Auctor vetus ganz wie er vorliegt im 13. Jahrhundert erst entstanden und nicht bloß weiter ausgebildet worden ist, er würde dann immer noch nur eine isolirte Erscheinung seiner Zeit sein, deren Prosa jenen Assonanzen fern steht.

Ueber die ὅροι des attischen Rechtes und die tabulae der l. 22 §. 2 Dig. quod vi aut clam.

Von

Herrn Obergerichts-Assessor Adolf Stölzel in Cassel.

Venulejus respondirt nach l. 22 §. 2 Dig. 43, 24 im 2. Buch der Interdicte:

> Si ad januam meam tabulas fixeris et ego eas prius, quam tibi denunciarem, refixero, deinde invicem interdicto quod vi aut clam exegerimus, nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut exceptionem mihi profuturam, si non vi nec clam nec precario feceris.

Das tabulas ad januam figere et refigere in dieser Stelle ist verschieden erklärt worden. Während Mehrere ein Vernageln der Thür mit Brettern oder ein Annageln von Brettern an die Thür darunter verstehen, beziehen Andre, vornemlich Cujaz und Duaren jene Worte auf eine auch bei den Griechen vorkommende Sitte, durch ein an die Thür geheftetes Täfelchen *(ὅρος)* das betreffende Haus als Eigenthum oder Pfandobject des Anheftenden zu bezeichnen, und setzen dann die l. 22 §. 2 cit. mit den Codextiteln ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare; de his, qui potentiorum nomine titulos praediis affigunt; ut nemo privatus titulos praediis suis vel alienis imponat (2, 14. 15 und 16) in Verbindung. Der letztern Auf-

fassung, welcher ich in meiner Schrift über die operis novi nunc. und das interd. quod vi S. 407 flg. (unter Billigung von Hesse, Einspruchsrecht gegen Bauunternehmen ꝛc. S. 61 und von Baron, krit. Vierteljahrschrift VII, 486) beigetreten bin, widerspricht Baron a. a. O. insofern, als er behauptet, die tabula ad januam bestehe nicht in einem an die Thür gehefteten Täfelchen, sondern „in einer στήλη, einer kleinen runden Steinsäule, woher auch bei den Griechen die Bezeichnung ὅρος abwechselnd gebraucht werde; mehrere Inschriften dieser Steinsäulen seien in Böckh's corp. inscript. abgedruckt; tabula ad januam bedeute also eine Steinsäule neben der Thür."

Diese Notiz hat die Veranlassung zu der nachfolgenden Untersuchung gegeben.

Um die von Böckh im corpus inscriptionum und von Andern mitgetheilten Inschriften zu verstehen, welche auf das hier fragliche Verhältniß Bezug haben, ist eine kurze Vorbemerkung erforderlich in Betreff der ὅροι überhaupt [1]).

Die ὅροι (Marken) waren im griechischen Rechte theils öffentlich-rechtlicher, theils privatrechtlicher Natur. Erstere zeigten die Grenzen eines Heiligthums, sei es eines Haines, Tempels, sei es eines Begräbnißplatzes, an und waren theils unter den Schutz des allgemeinen Grenzgottes, des Ζεὺς ὅριος, theils unter den Schutz einer Spezialgottheit gestellt; letztere, welche uns hier besonders angehen, dienten entweder dazu die Grenzen eines Privatgrundstücks bemerklich zu machen oder sie dienten dazu ein Immobile als Pfandobject zu bezeichnen. Daß die Grenzsteine eines Privatgrundstücks mit irgendwelcher Inschrift versehen waren, gehört zu den Seltenheiten; es waltete hierfür auch kein rechtes Interesse ob, wie das noch heutzutage unsre wohl regelmäßig inschriftslosen Grenzsteine beweisen; auch möchte der einzelne Grenzstein schwerlich soviel Raum geboten haben, um die Namen der wechselnden Besitzer aufzunehmen, und eine jedesmalige Errichtung neuer Grenzsteine beim Uebergang des Grundstücks in eine andre Hand war sehr umständlich. Es sind daher nur äußerst wenige Grenzsteine mit Inschriften des Namens ihrer Eigenthümer auf uns gekommen. Auch fehlt jede Spur,

---

[1]) cf. C. Fr. Hermann, disputatio de terminis eorumque religione apud Graecos (Göttinger Universitätsprogramm aus 1846).

daß etwa die Privaten ihre Grenzsteine mit dem Namen einer Gottheit, unter deren Schutz sie ihr Eigenthum hatten stellen wollen, bezeichneten. Vielfach genügten Bäume, Gräben, Bäche, Wege, Steinhaufen und dergl. zur Bezeichnung der Grenzen, so daß keineswegs jedes Grundstück mit besondern Grenzsteinen umstellt war. Bei Immobiliarverpfändungen trat in Athen das Bedürfniß hervor, das Pfandobject äußerlich als solches erkennbar zu machen; öffentliche Schuldbücher, wenn sie auch in Griechenland vorkamen, sind jüngern Datums und in Athen überhaupt nicht nachweisbar. Man verfiel deshalb auf das sehr natürliche Mittel, zur Erreichung möglichster Publicität des Pfandnexus am betreffenden Immobile eine Vorrichtung anzubringen, durch die es als Pfandobject Jedermann offenkundig wurde. Da, wo ein Acker mit Grenzsteinen umstellt war, lag es nahe, auf diesen Grenzsteinen das Pfandverhältniß anzumerken; der zweite Schritt mag dann der gewesen sein, daß da, wo Grenzsteine fehlten, man solche mit dem Pfandvermerk, lediglich des letztern halber, setzte. Bei verpfändeten Gebäulichkeiten, welche mit Ländereien nicht umgeben waren, bedurfte es der Natur der Sache nach keiner Setzung von Grenzsteinen; ein Anschlag an das Haus, sei es auf einer steinernen, sei es auf einer hölzernen Tafel reichte aus. Daneben mag es auch wohl vorgekommen sein, daß man den fernerliegenden Weg wählte und, wie bei verpfändeten Ländereien, einen Stein mit dem Pfandvermerk an dem Hause aufstellte.

Die Sitte der Pfand-ὅροι läßt sich bis zu Solon zurückverfolgen; es wird bezeugt, daß durch seine Verfassung die vorher an den Grundstücken gestandenen ὅροι entfernt worden seien, was dahin zu verstehen ist, daß er die Lage der Schuldner verbesserte und es ihnen ermöglichte, ihr Grundvermögen dem Pfandnexus zu entziehen. Eigenmächtige Wegnahme der ὅροι von Seiten des Schuldners galt als Betrug; wer als ehrlicher Schuldner seinen Gläubiger sichern wollte, setzte ὅροι. Der Geizhals bei Theophrast sieht täglich nach, ob die ὅροι keinen Schaden gelitten haben.

Außer bei Darlehnsschulden (δάνεισμα) gab es ὅροι bei den besonderen Arten von Verpfändungen, welche mit ἀποτίμημα[2])

[2]) cf. Pollux, onomast. 8, 142.

bezeichnet werden, und bei stehengebliebenem Restkaufpreis *(τιμή)* oder bei verabredetem Rückkauf *(λύσις)* ähnlich unserm heutigen gesetzlichen Pfandrecht bei Veräußerungsverträgen. Unter *ἀποτίμημα* ist sowohl das zu verstehen, was der Mann zur Sicherheit der Mitgift *(προίξ)*, als das, was bei öffentlich versteigerten, insbesondre pupillarischen Gütern der Käufer für den Fall der Rescission des Geschäfts einsetzt.

Das corp. inscript. Böckh's verzeichnet nun 16 *ὅροι* (tom. I. Nr. 526—536, tom. II. Nr. 2347. i, Nr. 2347. h und Nr. 2264. u), von welchen nur drei nicht ganz sicher sind, weil sie als Fragmente das Wort *ὅρος* nicht enthalten. Die ersten vier (I. Nr. 526 — 529) beziehen sich auf Heiligthümer; sie lauten: *ὅρος Τεμένεος Ἀθηναίης, ὅρος Ἀπόλλωνος, ὅρος Ποσειδῶνος Ἀρτέμιδος, ὅρος Ἑλίκης;* gleicher Natur scheint die fragmentarische Inschrift II. Nr. 2347 h: *Ποσειδῶνος ἀσφαλείου* zu sein. Zwei weitere *ὅροι* (I. Nr. 534 a. b.) rühren von Grabmälern her: *ὅρος μνήματος* und *ὅρος σήματος*. Sodann ist am Hymettus und in den Pentelischen Steinbrüchen je einmal die Inschrift *ὅρος* gefunden (I. Nr. 536 a. b.), welche vermuthlich die Grenzen verschiedener Steinbruchsantheile bezeichnete. Die übrigen 6 *ὅροι* sind hypothecarische; I. Nr. 530 auf einen Restkaufpreis bezüglich mit Angabe des Archonten und des Gläubigers *(ὅρος χωρίου τιμῆς ἐνοφειλομένης Φαναστράτῳ Παιαν XX);* Nr. 531 — 533 auf öffentliche Verkäufe und Mitgiften bezüglich; dahin gehört auch das Fragment tom. II. Nr. 2347 i: *ἡγησοῦς θυγατρὸς προὶξ τὸ χωρίον*, während das Fragment tom. II. Nr. 2264. u *(...ος [= ὅρος?] ταῖς οἰκίαις)* seine nähere Zweckbestimmung nicht ersehen läßt.

Einige weitere *ὅροι* sind von Roß mitgetheilt, nämlich in dessen Demen von Attika Nr. 33: [*ὅρος?*] *οἰκίας πεπραμένης ἐπὶ λύσει* (auf einen Rückkaufsvertrag bezüglich), und Nr. 50: *ὅρος οἰκίας καὶ χωρίου Τιμοστράτης μητρὸς δέ* 2c. (vielleicht auf eine Wittwe bezüglich, die für ihre beim Sohne ausstehende Mitgift eine Hypothek erhielt, oder auf ein Pfand bezüglich, das eine geschiedene Frau zur Sicherstellung des ihr wieder zufallenden väterlichen Vermögens sich geben ließ), ferner in dessen inscript. Gr. inedd. II. p. 32 ein *ὅρος οἰκίας καὶ κήπου ἀποτετιμημένων προικὶ τῇ Καλλ.* Dazu kommt noch ein im archäolog. Intelligenzblatt der Allg. Litteraturzeitung von 1834 und

1835, sowie in Keil's anal. epigr. p. 142 erwähnter *ὅρος χωρίου πεπραμένου ἐπὶ λύσει* und nach dem Citat bei Böckh, Staatshaushalt 2. Ausgb. S. 180 ein von Finlay angegebener *ὅρος χωρίου*. Endlich führen noch Meyer und Schömann (attischer Prozeß. 1824. S. 506. Anm. 89) eine von *ὅρους ἐπὶ τῷ χωρίῳ* handelnde Inschrift an, welche ein besonderes Licht auf die Art der Anlage der *ὅροι* wirft: es sollten deren auf beiden Seiten eines Grundstücks je zwei nicht unter drei Fuß hoch errichtet werden.

Hieraus ergibt sich, daß die auf die neuere Zeit gekommenen *ὅροι* (bis auf zwei) Acker- oder Garten-Grundstücke *(χωρία, κῆποι)* betrafen, sei es ausschließlich, sei es in Verbindung mit einem Hause *(οἰκία)*. Die beiden einzigen Ausnahmen sind der [*ὅρος*] *οἰκίας πεπραμένης ἐπὶ λύσει* bei Roß, Demen Nr. 33, und das Fragment . . *ος ταῖς οἰκίαις* bei Böckh, corp. inscr. II. Nr. 2264 u. Ob im letztern Falle nicht neben den Gebäuden Ländereien verpfändet waren, muß dahin gestellt bleiben; im erstern Falle spricht aber der Singular *πεπραμένης* dafür, daß das Haus das alleinige Pfandobject bildete. Die sämmtlichen erhaltenen *ὅροι* liefern demnach nur ein Beispiel von Verpfändung eines Hauses. Dieser Umstand erklärt sich, sobald man annimmt, daß bei Häusern üblicherweise der Pfandvermerk anders bewirkt wurde, als bei Aeckern und Gärten: das Haus selbst bot Gelegenheit zur Anbringung des Pfandvermerkes und letzterer ging mit dem Hause zu Grunde. Wurden Ländereien in Verbindung mit dem zugehörigen Hause verpfändet, so war es wiederum natürlich, nicht einen separaten Pfandvermerk an den Ländereien und einen separaten am Hause zu bewirken, sondern beide Pfandvermerke zu vereinigen. Wir finden daher vielfach einen *ὅρος χωρίου* oder einen *ὅρος χωρίου καὶ οἰκίας*, bei weitem seltener einen *ὅρος οἰκίας*. Das vorher erwähnte einzige sichere Beispiel eines *ὅρος* letzterer Art beschreibt Roß schlechtweg durch die Bezeichnung „Grenzstein", mit dem Zusatze: man habe zu diesen Grenzsteinen gewöhnlich flache Platten Penthelischen Marmors, 1 bis 1½ Quadratfuß groß und 2 bis 4 Zoll dick gewählt; da im Alterthume keine Häuser oder Gräber auf der Akropolis, wo der hier fragliche Stein gefunden, gestanden hätten, so sei derselbe im Mittelalter, als man Neubauten vornehmen wollte, dorthin getragen. Also gerade für

diesen allein hier entscheidenden Fall ist bezeugt, daß der ὅρος keine runde Säule, sondern eine quadratische Tafel ist[3]). Der zweite möglicherweise hierher gehörige ὅρος οἰκίας (Böckh C. J. II. 2264 u) hat sich auf einer Mauer gefunden, widerlegt demnach abermals direct die Annahme, daß die Marken runde, neben die Häuser gestellte Säulen waren. Damit stimmt überein, daß der ὅρος Ποσειδῶνος (a. a. O. II. 2347 h) eine oblonge Marmortafel, der ὅρος χωρίου (das. II. 2347 i) eine Tafel an der Gartentreppe ist. Die Marken am Hymettus und in den pentelischen Steinbrüchen sind nach Dodwell's griech. Reise[4]), welche Böckh als seine Quelle anführt, einfache in die Felsen gehauene Inschriften; ebenso werden die weiter aus der nämlichen Quelle von Böckh entlehnten Marken dort nirgends runde Steinsäulen, sondern „Steine" oder „Grenzsteine" genannt. Böckh selbst liefert keine Beschreibung von ihnen, verweist vielmehr ausschließlich auf seine Quellen. Soweit mir dieselben zugänglich waren, habe ich keine runde Steinsäule als ὅρος entdeckt.

Prüfen wir jetzt, was die griechische Literatur über die Beschaffenheit der ὅροι ergibt, von welchen an verschiedenen Stellen gehandelt wird.

Aus der classischen Zeit kommen in Betracht Menander, Isäus und Demosthenes. Menander erwähnt einen Pfandvermerk in seiner Comödie „das Pfand"; so berichtet der Lexicograph des 4. Jahrh. n. Chr., Harpocration; Weiteres wissen wir nicht, da die Comödie verloren ist. Isäus spricht in der Rede über den Nachlaß des Philoktemon (ed. Reiske, p. 141) von ὅρους τιθέναι in Beziehung auf Pfänder, welche zu Gunsten von Pupillen bestellt sind; auch hier ist Näheres nicht ersichtlich. Viel häufiger werden bei Demosthenes die ὅροι genannt, aber gleichfalls stets so, daß sich etwas Bestimmtes über ihr Aeußeres nicht ergibt. Allbekannte Dinge bedurften keiner Beschreibung. Von Erheblichkeit sind nur zwei Stellen des Demosthenes: in der 2. Rede gegen Onetor (877, 5) wird von τιθέναι ὅρους ἐπὶ τὴν οἰκίαν καὶ ἐπὶ τὸ χωρίον und von ἀφαιρεῖν τοὺς ὅρους ἀπὸ

---

[3]) Der ὅρος οἰκίας καὶ χωρίου bei Roß Nr. 50 (l. c, pag. 61) ist vor einem Thore in den Fundamenten eines Hauses gefunden, möchte daher ebenfalls schwerlich eine runde Säule vor dem Hause gewesen sein.

[4]) I. S. 46 in der Uebersetzung von Sickler, Meiningen 1821.

τῆς οἰκίας gesprochen und in der 1. Rede gegen Aristogiton (791, 11) wird ein ὅρος umschrieben mit: „ἡ σανὶς ἡ παρὰ τῇ θεῷ κειμένη“. In den letztern Worten wird der ὅρος geradezu eine Tafel genannt; H. Wolf übersetzt (III. p. 374): tabella juxta deam sita, und auch die erstern Worte möchten eher von einem Pfandvermerk am Hause, als vor demselben zu verstehen sein; denn es ist von einem Wegnehmen vom Hause und von einem Setzen auf das Haus die Rede.

Erst die Lexicographen der spätern nachchristlichen Zeit lassen sich auf Definitionen der ὅροι ein, ihnen ist aber überhaupt selbstverständlich nicht die Bedeutung beizumessen, welche den Zeugnissen der früheren Zeit innewohnt.

In dem unter Commodus entstandenen Onomasticon des Jul. Pollux wird, anknüpfend an das Wort τραπεζίτης (Geldwechsler) und ὀφειλήματα (Schulden), gesagt (3, 85): ὅρους ἐφίστασναι χωρίῳ. λίθος δ᾽ ἦν ἡ στήλη τις δηλοῦσα ὡς ἐστὶν ὑποχρέων τινι τὸ χωρίον; ebenso wird (9, 8) bemerkt, daß von den ὅροι die Wortbildungen Ζεὺς ὅριος und στήλη ἐφορία abzuleiten seien, und (9, 9), daß ein Pfandgrundstück ὡρισμένον und eine στήλη ἐνεστηκυῖα ὅρος heiße. Hier tritt also zuerst die Bezeichnung στήλη für ὅρος auf, aber stets in Verbindung mit Ländereien, nicht mit Häusern. Hesychius (Grammatiker des 3. oder 4. Jahrh.) geht einen Schritt weiter und definirt ὅρος als στήλη ἡ καταπεπηγυῖα ἐπὶ χωρίῳ ἢ οἰκίᾳ (in die Erde geheftet an einem Grundstück oder Hause). Harpocration und Photius († 891) drücken sich wieder unbestimmter aus; ὅροι sind ihnen die an (ἐπί) verpfändeten Grundstücken und Häusern befindlichen Inschriften. Suidas (im Anfang des 12. Jahrh.) wiederholt die Definition des Harpocration. Das Etymologicum magnum (aus etwa dem 10. Jahrh. von unbekanntem Verfasser [5]) berichtet von der attischen Sitte in verpfändete Grundstücke eine στήλη, einen s. g. ὅρος hineinzusetzen (χωρίοις ἐγκαταπηγνύειν [6]) und von der doppelten Bedeutung des Wortes ὅρος als Grenze und als ein an Haus und Grundstücke angeheftetes Täfelchen (σανίδιον ἐπιτιθέμενον ταῖς οἰκίαις καὶ τοῖς χωρίοις ἐκείνοις πηγνύ-

---

[5]) s. Schöll, Geschichte der griech. Litteratur, Berlin 1830, S. 200.
[6]) sub voce ἄστικτον.

μενον). Dem entsprechend erläutern die lexica Segueriana [7]) ὅρον ἐπιθεῖναι χωρίῳ mit Aufhängen einer mit dem Namen des Gläubigers beschriebenen Tafel (σανίς) am Acker.

Alle Spätern fußen auf diesen Quellen, welche keineswegs in Widerspruch treten mit dem Resultate, das oben aus den uns erhaltenen Resten von ὅροι gewonnen ist: als Pfandvermerk kommen bei Häusern angeschlagene Tafeln vor, wenn auch daneben, wie bei Grundstücken durchgängig, das Setzen eines Steines vor das Haus gebräuchlich war. Die Bezeichnung dieses Steines als στήλη weist sodann noch keineswegs aus, daß darunter eine runde Säule zu verstehen sei. Von Pausanias z. B. wird στήλη regelmäßig von einer viereckigen [8]) Säule, einem Pfeiler etwa in der Art unsrer Meilenzeiger, gebraucht; bei anders geformten στῆλαι, dreieckigen oder runden, wird diese besondere Form ausdrücklich hervorgehoben; so kommt je einmal eine στήλη τρίγωνος und περιφερής [9]) vor (9, 16, 1. 2, 12, 5). Suidas beschreibt deshalb die στήλη als einen länglichen aufgerichteten Gegenstand von Stein oder Erz in viereckiger Gestalt; Hesychius nennt στῆλαι diejenigen Grundsteine einer Mauer, welche unten vorstehen (οἱ λίθοι τοῦ τείχους οἱ προεστῶτες κάτωθεν πρὸς ἀντέρεισμα καὶ θεμέλιον), und das Etymologicum magnum sagt: σημαίνει δὲ τὸν ἐν τῇ κεφαλῇ κείμενον τοῦ τεθνεῶτος λίθον. An sich bezeichnet στήλη eben nichts, als etwas aufrecht Stehendes, ὀρθοὺς λίθους (cf. Etymolog. Gudianum et Etymol. magn. s. v. στήλη und Stephanus ibid.: lapis ex terra extans vel munitionis gratia vel signi erectus).

Es hat deshalb auch außer Baron noch Niemand behauptet, die griechischen Pfandvermerke bei Häusern seien stets runde Steinsäulen gewesen. Dagegen spricht sowohl die Natur der Sache, als jedes einzelne Zeugniß, welches wir besitzen. Heffter [10]) nennt die Pfandvermerke „augenfällige Merkmale,

---

[7]) Bekker, Anecdota, p. 192. 285.

[8]) Pausan. 1, 29, 10 flg.

[9]) Hier existirt noch dazu eine Variante: περιφανής (Pausan. ed. Schubart & Walz, Lips. 1838, p. 293, Note 22), die vielleicht gerade der Ansicht eines Abschreibers die Entstehung verdankt, daß eine runde στήλη nicht annehmbar sei.

[10]) Athen. Gerichtsverf. 1822, S. 268.

Steine und dergleichen", Meier und Schömann[11]) sagen, man habe vor die verpfändeten Grundstücke „steinerne Tafeln" gestellt, Böckh berichtet in corp. inscr. (I Nr. 530): Ex jure attico .... tabula vel cippus pro domo vel fundo positus est, und in der Staatshaushaltung (2. Ausg. 1. Bd. S. 180), es seien in Athen verschuldete Grundstücke mit steinernen Tafeln oder Pfosten (ὅροι) bezeichnet worden. In einer Note ist hinzugefügt: „es waren στῆλαι, steinerne Tafeln oder Säulen, deren nicht wenige in der neuern Zeit wieder aufgefunden." Ebenso beschreibt C. Fr. Hermann[12]) die Pfandmarken als cippi[13]) in finibus collocati vel tabulae suspensae. Zwischen Böckh und Hermann besteht nur die Differenz, daß dieser mit Raoul-Rochette[14]) gegen Salmasius auch hölzerne Tafeln unter den ὅροι begriffen wissen will, während jener, ohne daß ihm die Schrift Hermann's gegenwärtig gewesen zu sein scheint, hölzerne Tafeln für nicht nachweisbar erklärt.

Nach dem Gesagten unterliegt es keinem Zweifel, daß die griechischen Pfandmarken als Tafeln und als Pfosten oder Säulen vorkamen; die Behauptung, daß unter den tabulae ad januam fixae der l. 22 quod vi runde Steinsäulen zu verstehen seien, hat also gerade soviel Grund, als etwa die Behauptung, Tafeln seien runde Steinsäulen. Auch ist mir keine Stelle unserer Rechtsquellen oder der lateinischen sonstigen Literatur bekannt, in welcher figere ad januam (= affigere januae) bedeute, etwas neben die Thür setzen. Nur durch die stringentesten Beweise könnte dies glaublich gemacht werden. Selbst wenn daher die attischen Pfandmarken ausschließlich runde Steinsäulen neben den Thüren gewesen wären, folgte noch keineswegs, daß die tabulae ad januam fixae gleichfalls runde Steinsäulen seien. Das hieße ungefähr dasselbe, als aus der Eigenschaft der in hölzernen Tafeln bestehenden römischen Placate schließen wollen, auch die heutigen Placate beständen in hölzernen Tafeln. Viel eher hätten Bedenken dagegen erhoben werden dürfen, daß die tabulae

---

[11]) A. a. O. S. 506.

[12]) L. c. pag. 39.

[13]) = columella quadrata. Hor. Sat. 1, 8, 12. cf. Forcellini sub v. cippus.

[14]) Lettres archeol. p. 104.

der l. 22 cit. überhaupt Pfandvermerke seien. So reichlich für Athen die Sitte der Pfandmarken bezeugt ist, so spärlich für Rom: in juristischen Schriften, soviel ich habe erfahren, außer in unserer lex 22 nur in l. 2 Cod. 2, 17: Rebus, quas alius detinet, imprimere signa nemini licet, etiamsi suas vel obligatas sibi eas esse aliquis affirmet, und in nichtjuristischen Schriften nur an einer Stelle des Seneca (Benef. IV, 12), wo als Beispiel einer mit eigner Gefahr verbundenen Wohlthat angeführt wird: spondeo pro judicato et suspensum amici bonis libellum dejicio, creditoribus ejus me obligaturus, ut possim servare proscriptum, ipse proscriptionis periculum adeo. Ausreichend dagegen ist für Rom die Sitte bezeugt, tituli oder libelli oder, wie Justinian in nov. 30 sagt, σανίδες, also Tafeln an das Grundvermögen des Kaisers und der Potentioren zu schlagen, um den Eigenthümer zu bezeichnen. Demselben Zwecke dienten vela purpurea, Beides ähnlich den Wappen und Fahnen an unsern heutigen Palästen. Den gewöhnlichen Privaten waren solche tituli verboten. Hauptsächlich waren sie in Gebrauch bei Confiscationen und bei Inbeschlagnahme von vacanten Erbschaften. Hiervon handeln die Codextitel 2, 14—16; ferner l. 2 Cod. 11, 42; l. 3 Cod. 10, 10; nov. 17 c. 15; nov. 29 c. 14; nov. 30 c. 8 §. 1; nov. 160 c. 1. Daß solche tituli und libelli von Holz waren, ergibt die Bestimmung in nov. 30 cit., wonach die tituli am Kopfe dessen, der sie angeheftet hat, zerschlagen werden sollen. Weil die tituli principis, potentiorum und privatorum etwas wesentlich Verschiedenes von den attischen Pfandmarken, und weil letztere nach Hesychius (s. oben) nicht an die Thür angeschlagen, sondern vor der Thür am Wege aufgestellt seien, bestreitet Salmasius[15]) in einer 50 Seiten haltenden Ausführung, daß die an die Thür geschlagenen tabulae der l. 22 einen Pfandvermerk bedeuteten. Er will darunter eine im Vestibulum an die Thürpfosten angeschlagene Krambude (pergulae, ut venalia proponantur) verstehen. Die l. 2 Cod. 2, 17 und die Stelle bei Seneca kennt er nicht, wenigstens berührt er sie nicht. Aber die Erklärung der tabulae als Krambude dürfte noch willkürlicher sein, wie die als Pfandvermerk. Letztere scheint einen genügenden Grund in der l. 2 Cod.

[15]) De modo usurar. 1639. p. 633 sq.

cit. und in Seneca zu finden. Hermann[16]), der hinsichtlich der Annahme, daß die tabulae in l. 22 kein Pfandvermerk sei, dem Salmasius beitritt, übergeht die l. 2 Cod. cit. und hält es für am richtigsten, den libellus suspensus des Seneca auf Anschläge zu beziehen, die an öffentlichen Orten gemacht wurden, um bekannt zu geben, daß gewisse Güter zum Verkauf ständen. Aber Seneca spricht von Jemandem, der sich Gläubigern verpflichten will; das weist doch deutlich auf eine Verpfändung und nicht auf einen Verkauf hin[17]). Er spricht ferner davon, daß der libellus suspensus von den Gütern dejicirt werden solle; das möchte nur von einem libellus verstanden werden können, der auf oder an den Gütern selbst, nicht an dritten Orten angebracht ist. Ganz zweifellos befinden sich dann auch die signa der l. 2 Cod. 2, 17 an dem Pfandobjecte selbst. Es fragt sich jedoch, ob die signa in tabulae oder was sonst bestanden. Da die tituli tabulae waren und der Codex im unmittelbaren Anschluß an die tituli von den signis handelt, so ist es wohl nicht allzu gewagt, unter dem allgemeinern Ausdruck signa die tabulae mitzubegreifen (cf. Brissonius sub v. tituli)[18]).

---

[16]) A. a. O. S. 39 Anm. 164.

[17]) Auch Ruhkopf in seiner Ausgabe des Seneca spricht von einem Verkaufe, indem er unter libellus versteht (tom. IV p. 156 not. 3): bonis judicati damnati proscriptio titulus suspensus ea vendi debere; aber spondere pro judicato bezieht sich m. E. nicht auf ein criminelles, sondern auf ein civiles Judicat, und zwar ist der sponsor ein ausschließlich für Verbalobligationen eintretender Bürge (Gaj. III, 119). Seneca will sagen: eine mit eigner Gefahr verbundene Wohlthat erweist derjenige, welcher für seinen Freund als Bürge dessen Gläubigern sich verpflichtet und den an des Freundes Habe befindlichen (Pfand-)Anschlag entfernt.

[18]) Gleicher Ansicht ist die accurs. Glosse zu tit. Cod. 2, 17: titulus hic generaliter de signis (im Gegensatz zum vorhergehenden, von der Species handelnden Titel). Zu l. 1 C. 2, 17 heißt es: Casus. Petens a me rem mobilem vel immobilem ante sententiam signum illi rei imposuisti, und zu ea in derf. Stelle: scil. signa, quae appellantur Bononiae glifa (wohl = τὰ γλύφα, das Eingegrabene). In nov. 164 praef. spricht Justinian davon, daß Eindringlinge in den Nachlaß Verstorbener an die Mobilien Siegel (σφραγίδες, signacula), an die Immobilien Tafeln (σανίδες, tituli) heften. Daraufhin lehrte Bonefidius nach dem Zeugnisse seines Schülers Gilbertus Regius (c. 1570; f. Otto, thes. II, 1482) signa im tit. Cod. 2, 17 bedeuteten Siegel an Mobilien, tituli in tit. C. 2, 16 Tafeln an Immobilien. Die Basiliken übersetzen ebenfalls signa mit σφραγίδες (lib. VII tit. 11). Bezögen sich aber auch die signa der l. 2 auf Mobiliarpfänder, so wäre wohl

Diese Gründe haben mich bestimmt und bestimmen mich auch jetzt noch, in den tabulae der l. 22 q. vi mit Cujaz und und seinen Nachfolgern einen Pfandanschlag von Brettern, eine hölzerne Tafel zu erblicken, analog den attischen steinernen oder hölzernen ὅροι.

Die ὅροι aber sind keineswegs ohne Weiteres „runde Steinsäulen"; sie werden „bei den Griechen" nicht zunächst στῆλαι und „daher (!?) abwechselnd ὅροι" genannt, sondern für das allein in der classischen Zeit gebräuchliche ὅρος ist später in den Definitionen der Lexicographen στήλη gebraucht; auch hat Böckh nicht im corp. inscr. Inschriften von „runden Steinsäulen" abgedruckt, und στῆλαι sind ebenfalls nicht runde Steinsäulen; am allerwenigsten ist aber tabula eine runde Steinsäule oder gar tabula ad januam fixa eine Steinsäule neben der Thür[19]).

---

im Anschluß an Justinian's Worte in nov. 164 der Rückschluß statthaft, daß für Immobiliarpfänder tituli gebräuchlich gewesen seien.

[19]) Sollte es sich nicht empfehlen, wenn man glaubt Widerspruch erheben zu müssen, etwas vorsichtiger zu Werke zu gehen, als Baron, der überhaupt mit ebensoviel Irrthum als Entschiedenheit auftritt, hier gethan hat? Ich habe diesen Punkt vorläufig herausgegriffen, weil er ziemlich isolirter Natur ist und mit der Lehre vom interdictum quod vi an sich wenig zu schaffen hat. Nach Verlauf einiger Zeit gedenke ich unter Berücksichtigung der gegen meine Schrift über die op. novi nunc. etc. lautgewordenen Stimmen die betr. Lehre von Neuem zu überarbeiten und möglichst auf jeden Differenzpunkt einzugehen. Bis dahin möge auch die Antwort auf Hesse's Gegenschrift („das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmen 2c." Leipzig 1866. 170 S.) ausgesetzt bleiben, hier aber nur eine kurze Bemerkung gestattet sein. Hesse kehrt zur Theorie zurück, wonach das Characteristische des int. quod vi und des Remissionsprozesses darin bestehen soll, daß bei jenem der Kläger, bei diesem der Nunciant sein Recht nur zu bescheinigen, nicht zu beweisen brauche. Zu der Zeit, als man in den Interdicten die Vorbilder der heutigen Mandate sah, hatte diese Theorie eine gewisse Berechtigung; jetzt, wo man weiß, daß die Interdicte nichts sind als gewöhnliche Klagen, fehlt ihr jeder Boden. Hesse kann auch seine Meinung in Betreff des int. q. vi nur durch Bezugnahme auf das bei der act. ad exhib. in l. 3 §. 9 D. 10, 4 erwähnte summatim cognoscere, welches überdies etwas ganz Anderes ist, als ein Wahrscheinlichmachen (s. Briegleb, Einl. in d. summ. §. 51: der Begriff der summarischen Cognition wird verfälscht, wenn man ihr allen histor. Zeugnissen zuwider die Annahme des Begnügens mit bloßer Bescheinigung unterlegt", ferner §. 53, besonders S. 240 flg.) und in Betreff des Remissionsprozesses nur durch Bezugnahme auf den „bei uns in Sachsen" üblichen Inhibitivprozeß begründen. Ich erblicke daher in Hesse's Arbeit einen Rückschritt, der höchstens neue Verwirrung zu erzeugen im Stande ist. Im Einzelnen sind die Verstöße, welche H. gegen die richtige

Interpretation von Stellen des corp. jur. macht, wahrhaft erstaunlich. Seine früheren Erklärungen der potestas experiundi in l. 1 quod vi und des defendere in l. 3 §. 6 eod. (Rechtsverh. ꝛc. II, 68 und 69; Ihering's Jahrb. IV, 414; Deutsche Ger. Ztg. 1864 Nr. 38 und 45. Einspruchsr. S. 6) hat er jetzt fallen lassen. Aber der emtor in l. 11 §. 13 eod., si modo est in possessione, soll ein Käufer sein, der durch Tradition Besitzer geworden, während in possessione esse technisch den Gegensatz von possidere bildet, eine res ex emtione tradita also wohl eine res possessa, aber nie eine res in possessione ist (s. statt Aller Savigny, Bes. 6 Aufl. S. 84 flg.). Der, qui precario in fundo moratur in §. 11 eod. ist ebenfalls der Gegensatz von einem, qui precario possidet, er ist precario in possessione und hat deshalb gegen Dritte kein interd. uti possidetis (cf. l. 6 §. 2; l. 21 d. prec. Stölzel, Ihering's Jahrb. 8. S. 172), während ihn Hesse S. 56 mit dem precario possidens identificirt und ihm das int. uti poss. gibt. Der Käufer trägt vor der Tradition die Gefahr des Untergangs und der Deterioration und diese Gefahr heißt feststehend periculum, Hesse S. 57 versteht unter dem periculo esse emtoris der l. 11 §. 12 cit. — das damnum infectum (!) und leugnet ein Interesse des Käufers vor der Tradition zur Anstellung des int. q. vi, obwohl er das Interdict aus bloßen Obligationsverhältnissen ohne alle Rücksicht auf Besitz oder Detentio gibt, also auch dem (nichtdetinirenden) Pachter, der keinerlei periculum trägt. Suum soll „allenthalben" nur das Eigenthum ohne Rücksicht auf Besitz bezeichnen (S. 67), während nach l. 3 §. 2 uti poss. das Besitzinterdict dem zusteht, qui prohibetur in suo aedificare, folglich doch in suo mit Rücksicht auf den Besitz gesagt ist. Lapides sollen „niemals" Grenzsteine bedeuten, während z. B. in l. 2 D. de termino moto lapides für termini (cf. auch Brisson. sub. h. v.) steht; ja weil agere de servitute sowohl heißen kann eine Servitut geltend machen als sie bestreiten, so muß auch vindicare servitutem sowohl die confessoria als die negatoria bezeichnen u. s. w., u. s. w. Mit Zuhülfenahme solcher Fehler läßt sich freilich Vieles beweisen, zur Noth sogar, daß Ja auch Nein bedeute, was ungefähr das Nämliche ist, wie die Behauptung, vindicatio servitutis bedeute die negatoria. — Uebrigens kann es mir nur zur Befriedigung gereichen, daß Hesse, dessen Schrift zu ihrem Zweck hat, möglichst viel Widerspruch gegen meine Schrift zu Tage treten zu lassen, an so vielen Stellen, die er theils anführt, theils nicht anführt, meiner Auffassung sich zugewendet und seine früher ausgesprochene Ansicht (Rechtsverh. II, 67 flg.; Ihering's Jahrb. VI, 414) der Hauptsache nach aufgegeben hat. Ich meinerseits vermag aber nicht anders zu sagen, als daß Hesse, Baron u. A. auch nicht in einem Punkte meine Ansicht wankend gemacht haben.

Zur Geschichte der Adoption.

Von

Herrn Dr. Rudolf Schlesinger,
Professor an der Universität zu Göttingen.

In §. 12 J. de adopt. 1, 11 wird eine Bemerkung des Cato erwähnt, wonach ein Sklav von seinem Herrn hätte adoptiert werden und auf diese Weise die Freiheit erlangen können. In dem dortigen Zusammenhange steht diese geschichtliche Mittheilung ziemlich müßig; Justinianus knüpft daran nur die Anführung, daß er dadurch zur Erfindung einer neuen Form der Freilassung angeregt worden sei, welche aber, wie er selbst dann auch sofort zugiebt, eine wesentlich andere Beschaffenheit hat. Die Stelle lautet:

> „Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servi si [1]) a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus: licet hoc ad ius filii accipiendum non sufficiat".

Die Bestimmung der l. un. §. 10 C. de Lat. lib. toll. 7, 6, von welcher Justinianus in diesen Worten spricht, kann hier auf sich beruhen bleiben. Ich will mich mit jener dem Cato zugeschriebenen Bemerkung etwas näher beschäftigen. Die modernen

---

[1]) Variante: „servos, si".

Schriftsteller, die darauf zu sprechen gekommen sind, haben meines Wissens bald sich darauf beschränkt, den Inhalt zu wiederholen, bald sich mit gekünstelten Erklärungen abgequält, ohne die doch nahe liegende zu sehen, welche mir offenbar die richtige zu sein scheint. Wenn ich hier auf diese aufmerksam mache, so geschieht es nicht so sehr um der einzelen Frage selbst willen, welche vielleicht von keiner großen Erheblichkeit ist, als weil dabei Gelegenheit entsteht, das Wesen der adoptio überhaupt von einer gewissen Seite näher zu beleuchten.

Schwierigkeit macht bei der Erklärung des §. 12 cit. auf den ersten Anschein einmal überhaupt die Frage, wie das Institut der Adoption eines eignen Sklaven in das System der Rechtsgeschäfte des ältern Römischen Rechtes einzuordnen ist, sodann (wenn man nicht annehmen will, daß in der Zeit zwischen Cato und Cicero, oder vielmehr zwischen Cato und den juristischen Gewährsmännern des Cicero in dieser Beziehung eine Aenderung des Rechts erfolgt war) insbesondere der dem §. 12 cit. scheinbar widerstreitende Ausspruch Cicero's (Top. 2, 10):

> „Si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber".

Diesen Schwierigkeiten könnte man auch nicht dadurch entgehen, daß man diejenige Erklärung der fraglichen Institutionenstelle annähme, die der Paraphrase des Theophilos zu Grunde liegt. Diese Paraphrase lautet:

> „*Τὸν ἴδιόν τις οἰκέτην ἔλαβεν εἰς υἱοθεσίαν· ζητοῦμεν, εἴγε ἔῤῥωται ἡ θέσις, ἢ τί ἐντεῦθεν ἀποτελεῖται. Καί φασιν οἱ παλαιοὶ τὸν Κάτωνα εἰρηκέναι τὴν μὲν θέσιν μὴ ἰσχύειν· ἐπ' ἐλευθέρων γὰρ αὕτη προβαίνει· ἡ δὲ θέσις, εἰ καὶ τὰ μάλιστα ὡς θέσις οὐκ ἔῤῥωται, ἀλλ' οὖν τὸν οἰκέτην ἐλεύθερον ἀποδείκνυσιν. Ὁ γὰρ τὸν δοῦλον εἰς θέσιν βουληθεὶς λαβεῖν πρόδηλόν ἐστιν ὡς τῆς δουλείας αὐτὸν σιωπηρῶς ἔσπευσεν ἀπαλλάξαι· οὗτος τοίνυν, ὃ μὲν ἐξεφώνησεν, οὐκ ἔπραξεν, ὃ δὲ οὐκ*[2]) *ἐνεθυμήθη, διεπράξατο. Ἐντεῦθεν ὁρμηθεὶς ὁ θειότατος*

[2]) Dieses „οὐκ" läßt Fabrot weg, jedenfalls logisch richtiger; darum kann es freilich doch bei Theophilos gestanden haben.

ἡμῶν βασιλεὺς, εἰςελθόντος ἐν δικαστηρίῳ τινὸς καὶ εἰπόντος ἐν ὑπομνήσει περὶ οἰκέτου τινὸς, υἱός μου ἐστὶν, ἐθέσπισεν ἐκ τῶν τοιούτων ῥημάτων τὸν μὲν οἰκέτην υἱὸν μὴ εἶναι, παύσασθαι δὲ τοῦ εἶναι δοῦλον.“

Nach Reitz' Uebersetzung:

„Quidam servum suum adoptavit: quaerimus, an rata sit adoptio, aut quid inde efficiatur. Et dicunt veteres Catonem dixisse adoptionem quidem non valere; nam in liberis personis haec procedit; sed adoptio, licet maxime ut adoptio rata non sit, tamen servum liberum efficit. Qui enim servum adoptare voluit, manifestum est quod eum tacite servitute liberare studuerit: hic igitur, quod quidem expressit, non peregit, quod autem [non] cogitavit, effecit. Hinc motus imperator noster sanctissimus constituit, aliquo in iudicium veniente atque in actis dicente de servo aliquo, filius meus est, ex his verbis servum quidem non esse filium, sed desinere servum esse.“

Hiernach soll also, gerade wie die von Justinianus eingeführte Freilassungsform, so auch die bei Cato besprochene „adoptio“ das „ius filii“ nicht verschafft haben, also als solche ungültig und gar keine eigentliche adoptio gewesen sein. Zuvörderst scheint mir nun klar, daß dies jedenfalls nicht die natürlichste Auslegung der Institutionenstelle ist. Denn daß es sich bei Cato um etwas Anderes als um eine wirkliche, ganz eigentliche adoptio handelte, ist dort nicht von fern angedeutet; vielmehr wenn es am Schlusse heißt: „licet hoc ad ius filii accipiendum non sufficiat“, so wird man darin, wie auch oben schon angenommen ist, eher einen Unterschied zwischen der neuen Freilassungsform und jener Catonischen „adoptio“, welche letztere also gerade auch das „ius filii“ bewirkt hätte, hervorgehoben finden. Freilich kann man hiergegen nun einwenden, daß Theophilos, als einer der drei Verfasser der kaiserlichen Institutionen, über den wahren Sinn derselben die beste Auskunft zu geben im Stande sei. Gewiß ist auch in zweifelhaften Fällen die Auctorität seiner Paraphrase nicht ganz gering anzuschlagen; indessen um sie einfürallemal für entscheidend zu halten, müßte man erst wissen, wie es bei der gemeinsamen Arbeit der drei Männer im Einzelen

hergegangen ist, und außerdem müßte festgestellt sein, ob die Paraphrase, wie wir sie haben, von Theophilos selbst herausgegeben, und nicht vielmehr ein in seinen Vorlesungen nachgeschriebenes Collegienheft ist. Leicht kann hier also ein einfaches Mißverständniß der Institutionen von Seiten des Theophilos, oder etwa auch des Theophilos selbst von Seiten eines Zuhörers vorliegen; denn was das erstere betrifft, so nöthigt Nichts zu der Annahme, daß Theophilos hier wegen des Ausspruches des Cato die alten juristischen Schriften, in denen die Institutionenverfasser denselben berichtet gefunden hatten, nochmals unmittelbar zu Rathe gezogen habe. Aber sollte er dies auch gethan haben, oder sollte auch der Sinn der Institutionenstelle in der Paraphrase richtig wiedergegeben sein, so würde ich dann behaupten, daß im erstern Falle Theophilos, im andern die Institutionenverfasser als solche jene alten juristischen Schriften höchst wahrscheinlich falsch verstanden haben, und zwar aus folgenden beiden Gründen. Erstlich entsprechen nun einmal die Worte der Institutionen durchaus dem nicht, was die Paraphrase in ihnen findet, und sollten sie daher auch von den Verfassern so verstanden sein, so läge für diese mangelhafte Art, ihre eignen Gedanken auszudrücken, die Erklärung am nächsten, daß sie hier ihre Worte nicht frei gewählt, sondern nur, wie es ja auch ihrem sonstigen Verfahren entspricht, die irgend eines alten Juristen, wenn auch vielleicht etwas abgekürzt, wiedergegeben und sich dabei, weil ihnen die Adoption eines eignen Sklaven im eigentlichen Sinne ganz fremdartig und unverständlich war, etwas Falsches gedacht haben. Zweitens aber bleiben immer noch die sachlichen Bedenken, daß von einer Freilassung außer vindicta oder censu oder testamento sonst Nichts vorkommt, und daß wir vorläufig gar nicht wissen, was für eine Form von Rechtsgeschäft wir uns denn unter dieser „Adoption eines eignen Sklaven" nur zu denken haben: Bedenken, die allerdings weiterhin erledigt werden sollen, deren einzige mögliche Erledigung aber, wie man sehen wird, auch die Anerkennung der hier fraglichen Adoption als einer wahren, eigentlichen in sich schließt.

Unter den mir bekannten neuern Erklärungsversuchen steht der Paraphrase des Theophilos am nächsten der von Schrader in seiner Ausgabe der Institutionen gegebene. Auch hier wird gesagt, Cato werde wohl eine Adoption gemeint haben, die als

solche zwar nicht gültig, aber eben doch als Freilassung aufrecht zu halten gewesen sei. Schrader fügt aber allerdings, zum Unterschiede von Theophilos, noch eine Erläuterung hinzu, in den Worten: „omni scilicet eius (nämlich adoptionis) forma observata, cui et manumissionis ritus inest", welche auf den ersten Blick die so eben berührten sachlichen Bedenken zu beseitigen geeignet scheinen. Aber auch nur auf den ersten Blick; denn alsbald bemerkt man, daß nun vor allen Dingen diese Worte des Erklärers selbst einer Erklärung bedürften, daß also in der That mit ihnen gar Nichts gesagt ist.

In einer gewissen Nähe bei der Paraphrase des Theophilos hält sich auch noch die Auffassung von Zimmern [3]). Dieser geht jedoch ohne Weiteres davon aus, daß der erste Satz des § 12 nicht bloß eine geschichtliche Notiz, sondern zugleich eine Norm des Justinianischen Rechtes enthalte. Nun meint er, Cato habe jene Adoption als solche gar nicht für gültig gehalten, und daher nur uneigentlich so genannt, habe sie aber mit Recht als unförmliche Freilassung interpretiert, auf welche hin der Prätor den Sklaven dann in der possessio libertatis geschützt haben würde. Daß die Ungültigkeit der Adoption als solcher, sowie die Beschränkung ihrer befreienden Wirkung auf das prätorische in libertate morari in den Institutionen nicht ausdrücklich hervor gehoben werde, erklärt er daraus, daß eben nach Justinianischem Rechte jene Adoption wirklich den Sklaven nicht nur zum Römischen Bürger, sondern auch zum filiusfamilias gemacht habe; denn, meint Zimmern, Letzteres habe der Sklav früher durch die Adoption nur deshalb nicht werden können, weil er eben nach Civilrecht Sklav geblieben und auch seit der lex Junia Norbana nur Latinus Junianus geworden sei [4]). Bei dieser Auffassung ist nun ganz irrig die Ansicht, daß die Adoption eines eignen Sklaven, die natürlich wohl zu unterscheiden ist von der bloßen Freilassung durch Anerkennung eines Sklaven als Sohnes in einem gerichtlichen Protokolle, ein Institut des Justinianischen Rechtes sei. Abgesehen davon, daß der Inhalt der Paraphrase des Theophilos dieser Ansicht widerstreitet, sieht Jeder sogleich, daß in den Institutionen die Sache nur historisch

[3]) Gesch. des Röm. Privatr. Bd. 1, § 201, S. 739.

[4]) A. a. O. Anm. 22 u. 24; auch § 205, S. 755, und § 222, S. 815, Anm. 3.

berichtet wird; in den übrigen Justinianischen Quellen kommt aber nicht nur keine Silbe davon vor, sondern es steht sogar entgegen der ausdrückliche Ausspruch des **Justinianus** in l. un. § 12 C. de Lat. lib. toll. 7, 6:

> „His tantummodo casibus ex omni iure Latinitatis antiquae electis, ceteri omnes modi, qui in libris prudentium vel constitutionibus enumerati sunt, penitus conquiescant, nec Latini ab eis procedant, sed maneant, ut dictum est, servi in sua condicione, nec tali remedio abuti concedantur."

Aehnlich auch schon im principium:

> „— — ut his praesente lege enumeratis, et civibus Romanis nascentibus, ceteri omnes modi, per quos Latinorum nomen inducebatur, penitus conquiescant, et non Latinos pariant, sed pro nullis habeantur."

Bei dieser Sachlage ist es eigentlich überflüssig, noch darauf hinzuweisen, daß die Adoption eines eignen Sklaven, von der **Cato** gesprochen hatte, nach dem Tone der Institutionen zu schließen, offenbar zu **Justinianus'** Zeit schon ein längst verschollenes Institut des Alterthums war.

Selbst wenn **Zimmern** Recht hätte, die hier fragliche Adoption dem Justinianischen Rechte zuzuweisen, so würde seiner Erklärung von den oben gegen **Theophilos** erhobenen Einwendungen immer noch diejenige entgegenstehen, welche auf den Mangel jeder Anschauung von der Form des Rechtsgeschäftes, welches **Cato** im Sinne hatte, begründet wurde. Nun aber, da jene seine Voraussetzung widerlegt ist, ist hier ferner zu wiederholen die Einwendung, daß der Wortlaut der Institutionen den **Cato** von einer wirklichen und als solcher gültigen Adoption sprechen läßt; denn die Erklärung, die **Zimmern** hierfür giebt, ist ja eben mit jener falschen Voraussetzung beseitigt. Und aus demselben Grunde kommt jetzt als neues Gegenargument hinzu der Umstand, daß das „liberari" der Institutionen unmöglich von einem bloßen prätorischen in libertate morari verstanden werden kann. Denn zu keiner Zeit konnte man einem durch den Prätor im Besitze der Freiheit geschützten Sklaven etwa eine prätorische „libertas" zuschreiben, welche von der Herrschaft über denselben nur ein nudum ius Quiritium übrig gelassen hätte,

nach Analogie des prätorischen oder bonitarischen „dominium". Dies konnte man deshalb nicht, weil, wie Gai. 3, 56, und noch deutlicher das Fragm. de manumiss. § 5 bezeugt, in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse die potestas dominica ungeschwächt fortbestand, und nicht etwa der domini voluntate in libertate Befindliche z. B. als bonitarischer Eigenthümer der von ihm erworbenen körperlichen Sachen geschützt wurde. Um so weniger konnte Cato das „liberari" oder einen gleichbedeutenden Ausdruck in jenem Sinne gebrauchen, da nämlich, mögen wir dabei nun an Cato Censorius, oder an seinen Sohn denken, jedenfalls zu Beider Zeiten der Begriff „prätorischer Rechte", die den civilen analog wären, sich höchst wahrscheinlich noch gar nicht ausgebildet hatte. So brauchen wir denn auf das letzte Bedenken, welches noch gegen Zimmern vorzubringen wäre, keinen besondern Nachdruck mehr zu legen; aber erwähnt werden soll doch wenigstens noch, daß es ganz zweifelhaft ist, ob zur Zeit der Catone der Prätor die domini voluntate in libertate befindlichen Sklaven überhaupt schon im Besitze der Freiheit schützte.

Es bleibt noch zu berücksichtigen, was Puchta[5]) zur Erklärung unseres § 12 beigebracht hat. Er läßt die Wahl zwischen zwei Auffassungen. Zunächst sagt er:

> „Am einfachsten wäre dieß so zu verstehen: auch ein Volksschluß könne die Freiheit geben (also ohne Manumission), und daher müsse die Arrogation (populi auctoritate, nur an diese läßt sich hier denken) diese Wirkung haben."

In Wirklichkeit ist aber diese von Puchta vorgeschlagene Erklärung völlig unmöglich. Ob ein Volksschluß, als Ausübung der allgemeinen gesetzgebenden Gewalt der Comitien, ohne Weiteres die Freiheit geben konnte, darüber mag man streiten. Gewiß ist, daß, wer ein solches Gesetz beantragte, damit gegen das Verbot der 12 Tafeln: „Privilegia ne irroganto," oder wie es gelautet haben mag, verstieß, welches Cic. pro domo 17 dahin umschreibt: „vetant XII tabulae leges privatis[6]) hominibus irrogari; id

---

[5]) Cursus der Institutionen, Bd. 2, § 213, Anm. q.

[6]) Viele ziehen hier die Conjectur Scaligers: „privis", vor, ohne genügenden Grund, wie mir scheint.

est enim privilegium." Nicht als ob in der beantragten Schaffung eines einzelen neuen civis Romanus der Verstoß gelegen hätte: er lag aber in der beantragten Aufhebung des Rechtes des bisherigen Herrn. Dennoch mag vielleicht ein solches Gesetz, wenn es doch einmal vorgeschlagen und angenommen war, formell gültig gewesen sein. Selbst unter dieser Voraussetzung würde es aber ganz widersinnig sein, wenn ein Jurist bei Besprechung des geltenden Rechtes die Möglichkeit eines solchen Gesetzes, das etwa für einen einzelen Fall neues Recht schaffen könnte, hätte berücksichtigen wollen. Fällt es doch heutzutage ebenso wenig Jemandem ein, z. B. unter den möglichen Aufhebungsgründen der Obligationen auch ein etwa zu erlassendes Privileg aufzuführen! Also kann Cato nicht an ein gewöhnliches Gesetz, wodurch etwa ein Sklav ohne Weiteres zum Haussohn seines bisherigen Herrn erklärt wäre, gedacht haben. In der That springt auch Puchta hier mit einer geschickten Wendung von dem allgemeinen Begriffe eines Volksschlusses alsbald zu dem wohlbekannten speciellen Rechtsinstitute der Arrogation über. Aber man beachte zuvörderst wohl, daß er damit nun den Vortheil aufgiebt, um dessentwillen er den „Volksschluß" im Allgemeinen überhaupt eingeführt hat! Denn diese Einführung sollte dazu dienen, der „adoptio" des Cato den Charakter einer „Manumission" zu benehmen und so den Widerspruch mit den sonstigen Nachrichten über die letztere, insbesondere mit Cic. Top. 2, zu beseitigen. Bei der adrogatio müßte aber der Arrogierende selbst auctor werden, damit also in unserm Falle auch seinen Willen, daß der Sklav frei werden solle, erklären: folglich läge hier denn doch zugleich eine sonst unbekannte Art der „Manumission" vor. Ferner hat nun aber auch die Arrogation in der That mit der abstracten Möglichkeit, in alle denkbaren individuellen Rechtsverhältnisse durch Volksschlüsse einzugreifen, gar Nichts zu thun. Sie war ein allen Bürgern einfürallemal zugängliches Rechtsinstitut geworden: der dabei erforderliche Volksschluß, der ja übrigens von den mit der Gesetzgebung im Allgemeinen gar nicht mehr befaßten Curiatcomitien erlassen wurde, konnte daher beantragt werden, ohne daß damit gegen das Verbot der „privilegia" verstoßen wurde, war dafür aber auch andrerseits an seine besondern Voraussetzungen gebunden. Zu den letztern gehörte nach der gewöhnlichen Ueberlieferung unter

Anderm, daß der zu Arrogierende sui iuris sei[7]). Schon hiernach wäre also die adrogatio eines Sklaven unmöglich gewesen. Es kann nun freilich sein, daß die erwähnte Ueberlieferung sich nur deshalb gebildet hat, weil homines alieno iuri subiecti thatsächlich durchaus auf dem bequemeren Wege der mancipatio und in iure cessio in Adoption gegeben wurden; vielleicht wäre theoretisch auch die Arrogation eines alieno iuri subiectus zulässig gewesen, bei der dann allerdings außer dem pater adrogator und dem zu Arrogierenden auch der bisherige Gewalthaber hätte auctor werden müssen. Aber hiermit haben wir eben schon eine zweite jener Voraussetzungen der lex curiata erwähnt, welche für die Unanwendbarkeit der Arrogation auf Sklaven ganz entscheidend ist. Der zu Arrogierende mußte eben selbst gefragt werden, ob er auctor sein wolle[8]). Dazu wurde vorausgesetzt, daß comitiorum communio mit ihm bestehe, und eben deshalb konnten Weiber nicht arrogiert werden[9]). Was kann also einleuchtender sein, als daß auch die Arrogation eines Sklaven ein Unding ist[10]), und daß daher jene von Puchta versuchte Erklärung des § 12 J. cit. unhaltbar ist?

Puchta selbst neigt sich übrigens mehr der zweiten Erklärung zu, die er dann noch als möglich hinstellt. Damit hat er es sich denn freilich allzu bequem gemacht. Wahrscheinlich, meint er nämlich, sei der Bericht der Institutionen nicht genau, und Cato werde nur gesagt haben, daß der Herr seinen Sklaven einem Andern bei dem Prätor in Adoption geben und dadurch frei machen könne. Daß dies nach alter Auffassung möglich war, wissen wir aus Gell. 5, 19, 13. 14. Hier heißt es, nachdem in den §§ 11 und 12 berichtet ist, daß bei Masurius Sabinus geschrieben stehe, rechtlich könnten Freigelassene von Freigebornen adoptiert (d. h. natürlich arrogiert) werden, dies müsse aber doch thatsächlich nicht zugelassen werden:

„ „Alioquin," inquit (sc. Sabinus), „si iuris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per praetorem

---

7) Gell. 5, 19, 4. Gai. 1, 99. Ulp. 8, 3.

8) Cic. pro domo 29. Gell. et Gai. ll. cc.

9) Gell. 5, 19, 10.

10) Daß die Arrogation eines Sklaven wegen fehlender comitiorum communio unmöglich war, hat auch schon Schrader in § 12 J. cit. bemerkt.

dari in adoptionem potest." Idque ait plerosque iuris veteris auctores posse fieri scripsisse"[11]).

Wie wir uns das hier erwähnte Rechtsinstitut zu denken haben, ist allerdings klar genug. Es ergiebt sich in der That aus allgemeinen Grundsätzen des alten Römischen Rechtes mit Nothwendigkeit. Der Herr konnte den Sklaven in iure cedieren, und zwar sowohl im engern Sinne, d. h. an den, welcher vor dem Magistrat als Vindicant aus Eigenthumsrecht auftrat, als auch bei der manumissio vindicta, wo der assertor für den Sklaven als Vindicant der Freiheit auftrat; andrerseits stand es ganz fest, daß auch die väterliche Gewalt durch in iure cessio erworben werden könne, jedenfalls nämlich unter der Voraussetzung, daß der Cedent den vindicierten Menschen in mancipio habe; denn dies war ja der Schlußact bei der gewöhnlichen Adoption: also verstand sich von selbst, daß auch beim Sklaven diejenige in iure cessio wirken mußte, bei welcher der Vindicant, zwischen dem Eigenthumserwerber und dem eigentlichen assertor libertatis gewissermaßen in der Mitte stehend, freilich die Freiheit des Vindicierten, im Gegensatze zur Sklaverei, behauptete, aber doch nicht die Freiheit schlechtweg, sondern wo er zugleich den Vindicierten als seinen filiusfamilias in Anspruch nahm[12]). Scheint es doch auch in der That nach dem, was über den Proceß der Verginia berichtet wird, als ob in alter Zeit bei Freiheitsprocessen nur dann jeder Beliebige als assertor libertatis auftreten konnte, wenn er behaupten wollte, daß der von der andern Seite als Sklav in Anspruch Genommene ganz frei sei, auch nicht in der väterlichen Gewalt eines Dritten stehe, als ob aber sonst nothwendig der Inhaber der väterlichen Gewalt als Contravindicant eintreten mußte[13]). Es liegt auch gar keine Veranlassung vor, die Adoption von Sklaven als eine bloß theoretische Erfindung zu denken; es ist ganz möglich, daß in den Zeiten

---

[11]) Es ist natürlich ein einfaches Versehen, wenn Zimmern (a. a. O. § 222, S. 815, Anm. 3) diese Stelle von der Adoption eines Sklaven durch seinen Herrn selbst versteht.

[12]) Ganz unverständlich ist es, wenn Schrader im Commentar zu unserm § 12 die bei Gellius erwähnte Adoption eines fremden Sklaven durch eine Mancipation von Seiten des Herrn vollzogen werden läßt.

[13]) Anders freilich noch neuerdings Jhering, Geist des Röm. R. Th. 3, S. 93.

jener „iuris veteris auctores“ vielleicht nicht gerade vornehme Leute, aber doch wenigstens Bürger aus den niedern Volksklassen, die etwa kinderlos waren, namentlich Freigelassene, öfters davon Gebrauch gemacht haben. So z. B. konnte einem Freigelassenen auf diese Weise etwa sein eignes natürliches Kind von dem Herrn in Adoption gegeben werden. Mit der Ausschließlichkeit der drei Freilassungsarten vindicta, censu und testamento steht die datio in adoptionem eines eignen Sklaven, wie auch Puchta bemerkt, nicht in Widerspruch, da sie eben selbst zugleich eine manumissio vindicta war. So schloß auch bei der gewöhnlichen Adoption formell die letzte in iure cessio in Beziehung auf die causa mancipii eine manumissio vindicta in sich[14]).

Dies ist nun freilich alles ganz unbedenklich; sehr bedenklich, ja unzulässig ist dagegen der Gebrauch, den Puchta hiervon macht, um den auf etwas Anderes zielenden Bericht der Institutionen vermittelst der Hypothese einer denn doch sehr bedeutenden Ungenauigkeit aus dem Wege zu räumen. Und dennoch führt nun die Heranziehung der erwähnten Stelle des Gellius auf die richtige Lösung.

Denn gehen wir also davon aus, daß Sklaven auf dem Wege der in iure cessio in Adoption gegeben werden konnten: wie hatte nun Der zu verfahren, welcher selbst seinen eignen Sklaven als Sohn zu adoptieren wünschte? — Offenbar brauchte er nur denselben einem Dritten fiduciae causa zu mancipieren oder in iure zu cedieren und sich sodann wiederum von diesem Dritten die väterliche Gewalt in iure cedieren zu lassen. Diese Procedur war es ohne Zweifel, wovon Cato gesprochen hat. — Aber dann, wird man einwenden, hätte er ja in der That doch nur von der Adoption eines fremden, nicht von der eines eignen Sklaven reden können. — Nicht doch! vielmehr konnte er die Gesammtheit der beiden Acte mit demselben Rechte die Adoption eines eignen Sklaven nennen, mit dem sonst die Römer die Gesammtheit der Acte, durch welche ein Hauskind aus einer väterlichen Gewalt in die andere hinübergeführt wurde, als eine Adoption dieses Hauskindes bezeichneten. Streng genommen hätten sie freilich auch hier nur die letzte in iure cessio als die

[14]) Dies hat auch Schrader in der oben wörtlich mitgetheilten Stelle seines Institutionencommentars bemerkt.

Adoption eines in einem fremden mancipium befindlichen Menschen bezeichnen müssen. Denn — und zu dieser Betrachtung giebt uns eben unser Fall vorzugsweise Veranlassung — correct wäre es nach dem eigentlichen Sinne des alten ius civile überhaupt, zu sagen: durch die Arrogation wird die väterliche Gewalt an homines sui iuris erworben, durch die adoptio im engern Sinne an Solchen, die in dem mancipium oder in der potestas dominica eines Dritten stehen; an Solchen, die schon in einer patria potestas oder in einer manus stehen, kann aber die väterliche Gewalt unmittelbar gar nicht erworben werden. Die adoptio im engern Sinne in ihrer ursprünglichen Bedeutung ist eben, wie die manumissio vindicta, einfach ein Fall der in iure cessio. Merkwürdig genug scheint es dabei auf den ersten Blick, daß der Vindication einer wirklich streitigen väterlichen Gewalt nicht auch eine einfache in iure cessio einer unstreitigen zur Seite steht. Eine gleiche Betrachtung wäre auf die Manus anwendbar, die ich hier daher vorübergehend mitberücksichtigen will[15]). Indessen ist schon von anderer Seite darauf aufmerksam gemacht, daß auch in andern Beziehungen die Möglichkeit einer vindicatio und die einer in iure cessio keineswegs durchaus parallel gehen, wie ja z. B. gerade nur ein legitimus heres die Erbschaft, nur ein legitimus tutor die Tutel in iure cedieren konnte[16]). Bei der väterlichen Gewalt wird nun der Grund dieser Incongruenz darin zu suchen sein, daß eben die väterliche Gewalt nach ältester Anschauung ausschließlich die rechtliche Gestaltung der wirklichen, durch eheliche Zeugung begründeten Vaterschaft sein sollte[17]), bei der Manus darin, daß nach ältester Anschauung das einmal begründete eheliche Verhältniß, dessen rechtliche Gestaltung sie ausschließlich sein sollte, nur durch den Tod eines der Ehegatten gelöst werden, und nicht nach Willkür von dem ersten Ehemann auf einen

---

[15]) Ich darf hier wohl ohne Weiteres als zweifellos voraussetzen, daß irgendwann in alter Zeit auch noch die Ehefrau in manu für den Ehemann ein mögliches Object der Vindication war.

[16]) Vgl. Ihering, Geist des Röm. R. Th. 2, S. 563.

[17]) Es würde verkehrt sein, als Grund der hier fraglichen Erscheinung einfach den anzugeben, daß nach ältester Anschauung das Verhältniß der väterlichen Gewalt dazu bestimmt gewesen sei, bis zum Tode eines der Betheiligten unverändert fortzudauern; denn damit würden die gerade in der ältesten Zeit oft wohl auch um des Entgelts willen vorgenommenen Mancipationen von Hauskindern nicht stimmen.

andern übergehen sollte [18]); hätte zu der Zeit, wo sich die Formen der alten civilen Rechtsgeschäfte festsetzten, schon die spätere freie Praxis in Ehescheidungen und neuen Eheschließungen bestanden, so würde sich vermuthlich auch ein Institut der in iure cessio gebildet haben, wodurch der bisherige Ehemann seine Manus ohne Weiteres auf den neuen hätte übertragen können. Jene ältesten Anschauungen selbst freilich wurden später aufgegeben. Nun konnte also auch ein Anderer, als das natürliche Familienhaupt die väterliche Gewalt haben; nun stand also Nichts im Wege, sich dieselbe von dem Herrn eines Sklaven oder eines in mancipio Befindlichen durch in iure cessio übertragen zu lassen, da dieser Herr durch in iure cessio doch einerseits sogar die völlige Freiheit gewähren, andrerseits sogar sein eignes Herrschaftsrecht als solches auf einen neuen Herrn übertragen konnte [19]).

---

[18]) Hier bei der Manus darf dieser Gesichtspunkt der sittlichen Unauflöslichkeit geltend gemacht werden, ohne daß man einen Einwand, wie den in Anm. 17 in Betreff der väterlichen Gewalt erhobenen, zu fürchten hätte; denn wenngleich der Ehemann ohne Zweifel das Mancipationsrecht hatte, so ist doch die wirkliche Benutzung desselben zu ernstlich gemeinten Verkäufen von uxores in manu höchst unwahrscheinlich.

[19]) Irrig ist die Ansicht Ihering's (Geist des Röm. R. Th. 2, S. 192, Anm. 277, und S. 194), daß das Mancipium unübertragbar gewesen sei. Sicher konnte es sowohl durch mancipatio, als auch durch in iure cessio übertragen werden. Ersteres folgt analog daraus, daß einerseits der Vater das Kind (und der Ehemann die uxor in manu), andrerseits der Herr den Sklaven mancipieren konnte. Außerdem wird bekanntlich ausdrücklich eine Remancipation an den frühern Gewalthaber erwähnt bei der emancipatio eines Hauskindes oder einer Frau in manu und bei der in adoptionem datio eines Hauskindes. Gai. Epit. 1, 6, 3. Gai. 1, 134. 172. 175. Auch folgt aus Gai. 4, 75. 80 keineswegs, wie Ihering sagt, daß „der Mancipatar nicht einmal zum Zweck der noxae datio das Mancipium auf einen Andern übertragen konnte." Höchstens könnte daraus hervorgehen, daß aus Delicten des in seinem Mancipium Befindlichen keine actio noxalis gegen ihn stattfand, aber auch dies nur dann, wenn man eine der wahrscheinlich unrichtigen Ergänzungen zum § 80 annimmt, wonach Gajus dort nicht nur die Contracte, sondern auch die Delicte der Personen in manu und mancipio besprechen würde, also entweder die von Huschke in den „Studien" S. 325 vorgeschlagene, aber in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 13, S. 303, von ihm selbst wieder aufgegebene, oder die von Lachmann. Geht man hingegen davon aus, daß Gajus dort zunächst nur die Contracte jener Personen behandelt, so erscheint es, wenn man die Anordnung des ganzes Abschnittes über die Klagen aus Contracten und Delicten der homines alieno iuri subiecti vorurtheilsfrei

Direct sich von dem Inhaber der patria potestas dieselbe in iure cedieren zu lassen, das ging nunmehr bloß deshalb nicht an, weil sich mittlerweile einmal festgestellt hatte, daß der filiusfamilias für den Gewalthaber überhaupt kein mögliches Object der in iure cessio sei[20]). Ebenso konnte jetzt der Ehemann, der seine uxor in manu unmittelbar in eine neue Ehe mit manus übergehen lassen wollte, dies dadurch bewerkstelligen, daß er sie unter seiner auctoritas eine coëmptio mit dem neuen Ehemanne machen ließ[21]). So sehr dies auch gegen den ursprünglichen Sinn dieser Institute verstieß, so war doch nun auch formell Nichts dagegen einzuwenden; denn filiaefamilias hatten von je her patre auctore coëmptiones vorgenommen, und die uxor in manu war beim Ehemanne eben filiae loco: und so ist dieses Verfahren denn auch wahrscheinlich in manchen Fällen vorgekommen, z. B. bei der Ueberlassung der Livia von Seiten des Tiberius Claudius Nero an den Octavianus, wo es nach den Berichten des Dio Cass. 48, 44 und des Vell. Paterc.

---

erwägt, als eben so möglich, daß Gajus in der auf den §. 80 folgenden Lücke vorgetragen hat: aus Delicten der Personen in manu und mancipio, oder vielleicht nur der Personen in mancipio, finden, wie aus denen der Personen in potestate, Noxalklagen statt. Hinter der Lücke, im §. 81, ist ja auch jedenfalls wieder von Noxalklagen die Rede, und zwar, so weit die Worte erhalten sind, von solchen, die sich auf Menschen, nicht auf Thiere beziehen. Dennoch mag zur Erklärung dieses Umstandes allerdings zunächst die auf die Justinianischen Institutionen gestützte Hypothese ausreichen, daß Gajus gegen das Ende der Lücke auf die actio de pauperie zu sprechen gekommen war; aber dann würde sich doch eben diese Anordnung, wonach die actio de pauperie erst hier, hinter den Personen in manu und mancipio, und nicht gleich hinter den Noxalklagen wegen der Personen in potestate, vorkam, am natürlichsten erklären, wenn man annähme, daß auch bei Gelegenheit der Personen in manu und mancipio wieder Noxalklagen zu erwähnen waren. Wie dem allem aber auch sein mag, jedenfalls hat, wie man sieht, Jhering keinen Grund, sich auf Gai. 4, 75. 80 zu berufen. Ist dies richtig, so wird auch Niemand bezweifeln, daß ferner, nach dem Belieben der Interessenten, statt der mancipatio auch die in iure cessio zur Uebertragung des Mancipiums benutzt werden konnte.

[20]) So hätte denn Jhering, Geist des Röm. R., Th. 2, S. 190, als eine Differenz der patria von der dominica potestas wohl auch noch die Unmöglichkeit der in iure cessio von Seiten des Vaters anführen müssen.

[21]) Man könnte auch an die Möglichkeit einer derartigen confarreatio denken; indessen kann es sein, daß einer solchen sacrale Hindernisse im Wege standen.

2, 94 kaum bezweifelt werden kann. Nichtsdestoweniger war eine einfache in iure cessio der Manus von Seiten des Ehemannes noch immer unmöglich, aber jetzt bloß deshalb noch, weil sich das nun einmal so festgestellt hatte.

Nach dieser Abschweifung kehre ich zu der Betrachtung des Begriffes der adoptio zurück. Seitdem es üblich geworden war, auf dem bekannten Umwege mittelbar auch an einem in der väterlichen Gewalt eines Dritten Stehenden die väterliche Gewalt zu erwerben, benannte man nun in einer andern Bedeutung auch den ganzen Complex der zu diesem Zwecke vorzunehmenden Rechtsgeschäfte als adoptio im engern Sinne, obwohl diese Bezeichnung eigentlich nur dem Schlußacte des gesammten Vorganges für sich zukam; eben so benannte man dann aber auch, wie wir gesehen haben, den Complex der beiden Rechtsgeschäfte, die zum Erwerbe der väterlichen Gewalt an einem eignen Sklaven erforderlich waren, obwohl auch hier diese Bezeichnung eigentlich nur dem zweiten der beiden Acte für sich zukam. Ich füge noch hinzu, daß in demselben Sinne auch von der adoptio eines im eignen mancipium Befindlichen gesprochen werden konnte, wie diese ja auch in der That vermuthlich oft als Bestandtheil der adoptio eines fremden Hauskindes vorkam; denn hier fand die zur Zerstörung der bisherigen väterlichen Gewalt nöthige Mancipation, oder die dazu nöthigen drei Mancipationen wahrscheinlich häufig gerade an den zukünftigen Adoptivvater selbst statt, der dann dem natürlichen Vater zurück mancipierte und endlich durch in iure cessio die väterliche Gewalt erwarb. Ferner war gewiß theoretisch auch die Adoption einer in der Manus eines Dritten befindlichen Frau zulässig, vermittelst mancipatio und in iure cessio, gerade so gut wie die coëmptio marito auctore, und endlich auf demselben Wege sogar die Adoption der in der eignen Manus stehenden Frau, wenngleich diese Rechtsgeschäfte, namentlich das letztere, wohl schwerlich jemals in Wirklichkeit vorgekommen sind. Von diesem Standpuncte aus konnte man nun folgende Gegenüberstellung machen: durch Arrogation wird die väterliche Gewalt an homines sui iuris erworben, durch adoptio im engern Sinne an homines alieno iuri subiecti von allen Arten.

Von allem Dem, was man im Laufe der Zeiten unter adoptio im engern Sinne verstanden hatte, war nun aber im Zeitalter der classischen Juristen nur noch so Viel in Uebung,

als bei der mittelbaren Uebertragung der väterlichen Gewalt an einem Hauskinde auf einen neuen Gewalthaber vorkam. Aus den oben nach Gellius mitgetheilten Worten des Sabinus geht insbesondere hervor, daß schon zu seiner Zeit die Adoption eines Sklaven unerhört war, und dies hat natürlich auch von der bei Cato erwähnten Adoption eines eignen Sklaven zu gelten [22]). Daraus erklärt sich, daß in der späteren Zeit, abweichend von dem ursprünglichen Sprachgebrauche des alten ius civile, unter adoptio im engern Sinne von vorn herein gar nichts Anderes verstanden wird, als die Erwerbung der väterlichen Gewalt an einem Menschen, der bisher Hauskind eines Dritten war: so bei Gell. 5, 19, 3, Gai. 1, 99 (auch l. 2, pr. D. de adopt. 1, 7), Ulp. 8, 3 und Modestin. l. 1, §. 1 D. de adopt. 1, 7. Dies ist denn also auch noch die Definition des Justinianischen Rechtes, wofür außer den eben genannten l. 1, §. 1 und l. 2, pr. D. de adopt. auch noch §. 1 J. eod. anzuführen ist. Ein Anklang an das alte Recht findet sich dagegen in dem Turiner Institutionen-Auszug, nach der Schrader'schen Ausgabe der Institutionen, Monitum ad Lectores, pag. XII sq. Es folgt dort auf den Institutionentitel „de adoptionibus" erst ein Auszug des entsprechenden Digestentitels, und sodann die Worte:

> „Adoptatio per magistratum fit de his, qui sunt alieni iuris, arrogatio per imperatorem de his, qui sui iuris sunt. Arrogatio, i. e. adoptio. Arrogator, qui adoptat. Arrogatus, adoptatus."

In dem ersten Satze hat also das allgemeinere „qui sunt alieni iuris" wieder die Stelle des specielleren „qui in potestate parentum sunt" eingenommen. Man könnte an die Benutzung einer ältern Quelle denken [23]); indessen ist wohl eher ganz zufällig jene allgemeine Bezeichnung als Gegensatz zu „qui sui iuris sunt" gewählt, ähnlich wie in einem Rescripte des Gor-

---

[22]) Bei Apulei. Metamorph. 5, p. 375 ed. Oudendorp. droht die erzürnte Venus dem Cupido: „Velim ergo scias multo te meliorem filium alium genituram, immo, ut contumeliam magis sentias, aliquem de meis adoptaturam vernulis." Hieraus aber Schlüsse über das zu Apulejus' Zeiten nicht für Göttinnen, sondern für Menschen männlichen Geschlechtes geltende Recht zu ziehen, wäre gewiß nicht wohlüberlegt.

[23]) Schrader deutet vermuthungsweise auf Gell. 5, 19.

dianus, l. 1 C. de adopt. 8, 48, dafür die Ausdrücke: „qui in aliena potestate sunt“, vorkommen.

Endlich kann noch die Frage entstehen: giebt es denn im Justinianischen Rechte nicht vielleicht eine adrogatio eines eignen oder fremden Sklaven per rescriptum principis? Schrader (im Commentar zu unserm §. 12) glaubt die eines eignen Sklaven zu finden in l. 46 D. de adopt. 1, 7. Er meint, als die Comitien bei der Arrogation nur noch dicis causa gehalten seien, sei wohl das Erforderniß der comitiorum communio nicht mehr dabei in Betracht gekommen — dies aber im Widerspruche mit Gellius, zu dessen Zeit die Comitien doch gewiß nur noch dicis causa stattfanden; um so mehr, meint er, hätten später per rescriptum principis auch Sklaven arrogiert werden können. Dem stehen jedoch entgegen diejenigen Stellen des Justinianischen Rechtes, welche noch immer die Arrogation auf homines sui iuris beschränken, namentlich §. 1 J. de adopt. 1, 11 und l. 1. §. 1. l. 2, pr. D. eod. 1, 7. Was aber die l. 46 cit. betrifft, so lautet sie folgendermaßen:

> „Ulpianus lib. IV ad legem Juliam et Papiam. — In servitute mea quaesitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio Principis potest; libertinum tamen eum manere non dubitatur.“

Der Fall ist also der, daß ein Sklav einen andern Sklaven gezeugt hat, später freigelassen ist und nun seinen natürlichen Sohn arrogieren will. Sogleich sieht man, daß Schrader's Annahme, hier sei von der Arrogation eines eignen Sklaven die Rede, wohl auf einem bloßen Versehen beruhen wird; eher könnte man noch an die eines fremden Sklaven denken, insofern der Sohn eben noch Sklav geblieben wäre; daß er aber inzwischen gerade ein Sklav seines eignen Vaters, des Freigelassenen, geworden wäre, wird von Ulpianus jedenfalls nicht entfernt angedeutet. Aber auch den Sohn überhaupt noch als Sklaven zu denken, ist kein Grund vorhanden; es ist vielmehr anzunehmen, wie es schon die Glosse thut, daß er ebenfalls nunmehr freigelassen ist. Daß Ulpianus in l. 15, §. 3 eod. sagt, man dürfe keine fremden Freigelassenen arrogieren, kann nicht dagegen in Betracht kommen; denn abgesehen davon, daß, wenn der Kaiser mit Kenntniß von der Sachlage dessenungeachtet die Arrogation zuließ, sie dennoch gültig war, so ist in l. 15, §. 3 cit.

ohne Zweifel auch hinzu zu denken: „ohne Zustimmung des Patrons", nach Analogie der Ertheilung des ius aureorum annulorum und der natalium restitutio [24]). Auch würde ja gewiß noch viel weniger, als ein fremder libertus, ein fremder Sklav arrogiert werden dürfen. Also ist für das Justinianische Recht keine Art von Adoption eines Sklaven anzuerkennen.

[24]) Vgl. l. 3 D. de iure aur. ann. 40, 10. l. 2. l. 4. l. 5, pr. D. de nat. rest. 40, 11.

Nachtrag.

Nachdem der vorstehende Aufsatz sich schon längst in den Händen der Redaction dieser Zeitschrift befand, bin ich darauf aufmerksam gemacht worden, daß die hier von dem Institute der Adoption eines eignen Sklaven gegebene Erklärung sich in aller Kürze auch schon in Huschke's „Jurisprudentia Anteiustiniana", S. 61, Anm. 14, angedeutet findet: wo sie mir allerdings leicht entgehen konnte. — Ferner ist inzwischen die erste Abtheilung des zweiten Theiles von Jhering's „Geist des Röm. Rechts" in zweiter Auflage erschienen, und auf diese paßt das in der Anm. 19 Gesagte großentheils nicht mehr, da der Verfasser darin seine frühern Aeußerungen abgeschwächt, und insbesondere nicht mehr die Unmöglichkeit der noxae deditio eines in mancipio Befindlichen ausdrücklich behauptet hat.

Zur Geschichte des Executivprocesses in Deutschland.

Von

Herrn Prof. Andreas Heusler, Sohn, in Basel.

So hoch und unverbrüchlich auch bei einem Volke auf Treu und Glauben und Erfüllung des gegebenen Wortes gehalten wird, früher oder später bricht sich doch jeweilen das Bedürfniß nach bestimmteren Formen Bahn, wodurch das schnell verhallende Wort festgehalten und vor der Verflüchtigung bewahrt wird. Auch das deutsche Vertragsrecht, in welchem man gern die deutsche Treue und Redlichkeit als Grundprincip mancher Formlosigkeit betont, hat sich schon früh nach Sicherungsmitteln umgesehen, und Brief und Siegel spielen im Mittelalter bekanntlich keine unbedeutende Rolle. Daß dennoch bei der oft besprochenen Frage nach den Anfängen eines Executivprocesses auf Grund executorischer Vertragsurkunden in Deutschland die Untersuchung sich weniger nach dieser Seite gewendet und der Form und Verclausulierung der „Briefe" wenig Aufmerksamkeit geschenkt hat, hat seinen Grund hauptsächlich in zwei Momenten: vorerst glaubte man früherhin in dem deutschen Pfändungsrecht schon die genugsamsten Belege für den Ursprung des Executivprocesses gefunden zu haben, und als man in der Folge durch Rudorff und A. auf die italiänische Doctrin und Praxis aufmerksam gemacht wurde, bildete sich die durch Briegleb's glänzende Arbeit zum Abschluß gebrachte Ansicht aus, daß das italiänische Institut der guarentigiierten Urkunden mit dem Ende des 15. Jahrhunderts, und

zwar stillschweigend mit der Reception des römischen Rechts als Anhängsel desselben und erst in Folge der Zerstörung des altdeutschen Schuld- und Pfändungsrechts durch den ewigen Landfrieden von 1495, in Deutschland eingedrungen sei, womit man sich jedes Nachforschens nach etwanigen Grundlagen des Executivprocesses im deutschen Recht überhoben fand. Daß diese Ansicht die herrschende geworden ist und nur leisen Widerspruch gefunden hat, erklärt sich nicht nur aus Briegleb's blendender Darstellung, sondern auch und namentlich aus dem Dunkel, das noch immer über der Reception der fremden Rechte in Deutschland liegt. Seitdem die alte Theorie von der receptio in complexu gebrochen ist, befinden wir uns in dieser Hinsicht in einem Zustande, den Roth [1]) treffend characterisiert und für den er auch die trotz manchem Zweifel [2]) einzig mögliche Abhilfe angegeben hat, wenn er sagt: „Wir müssen uns bezüglich des Problems der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, der Reception des römischen Rechts, noch mit den allgemeinsten Notizen begnügen. Nur das Factum der Reception steht fest, über das Wann und Wie dagegen gewähren die bisherigen Forschungen ebensowenig Aufschluß als das Warum und in welchem Umfange. Die Meinung, daß man diese Verhältnisse ohne Specialforschungen aufklären könne, hat in der That nur sehr geringe Wahrscheinlichkeit für sich. Diese Specialforschungen müssen vor Allem den Rechtszustand vor der Reception herstellen u. s. w." Sicherlich war diese Lücke unsrer Kenntniß von der Reception des römischen Rechts der Hauptgrund, daß Briegleb's Annahme von dem stillschweigenden Eindringen des Executivprocesses als Anhängsel des römischen Rechts gern Glauben fand, so auffallend es auch immerhin erscheinen mochte, wie ein so ganz neues Institut man möchte sagen von einem Tag auf den andern in fast alle Gerichtsordnungen und in die Urkunden der ersten Jahre des 16. Jahrhunderts Eingang gefunden habe. Wenn daher neuerdings Hermann Ortloff gegen Briegleb's Anschauung

---

[1]) Die rechtsgeschichtlichen Forschungen seit Eichhorn, in dieser Zeitschrift Bd. I, S. 27.

[2]) So z. B. vergleiche man Stintzing, in der Anzeige von Stobbe's Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. II, in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. VI, S. 558.

mit großem Sicherheitsbewußtsein hervortrat[3]), so hatte er gewiß darin Recht, daß er eine gründliche Untersuchung des einheimischen Rechts vor dem Zusammenstoß mit dem fremden als nothwendig erklärte. Aber in der Hauptsache war freilich seine Erörterung, neben wenigem Richtigen für die spätere Zeit, nicht geeignet, die herrschende Ansicht umzustürzen. Denn er gieng auf den alten, mit Fug und Recht verlassenen Weg zurück, auf das deutsche Pfändungsrecht für kuntliche Schulden: dadurch, daß an die Stelle der alten Pfändung ein summarisches Executionsverfahren vor den Gerichten getreten sei, habe sich der Executivproceß entwickelt, „das Recht der paraten Execution sei unverändert geblieben, nur die Form der Ausführung sei eine andere geworden". Mit diesen Worten hat sich Ortloff selbst widerlegt, und der Behauptung Briegleb's, daß in dem altdeutschen Schuld- und Pfändungsrecht nicht eine Spur der specifischen Eigenthümlichkeiten zu entdecken sei, welche die parate Execution der instrumenta guarentigiata characterisieren, das vollständigste Zugeständniß gemacht. In dieser Hinsicht hat neuerlich auch Endemann[4]) dem Gedanken Briegleb's Ausdruck gegeben, indem er den Unterschied, der den germanischen und den romanischen Executivproceß zu zwei generisch ganz verschiedenen Dingen mache, in die Formel faßt, jener beruhe auf der Selbsthilfe des Privaten, dieser sei in seinen Voraussetzungen und Wirkungen völlig abhängig vom Gericht. So viel steht nun jedenfalls fest: nicht daß überhaupt parate Execution, durch Privatpfändung oder auf irgend eine andere Weise, möglich ist, bildet den Ausgangspunct des heutigen Executivprocesses, sondern daß ein unter bestimmten Cautelen beurkundeter Vertrag parate Execution zur Folge hat. Immerhin wird sich Briegleb's Ansicht von dem Auftreten des Executivprocesses in Deutschland als einer Modification bedürftig und fähig erweisen, denn dieses plötzliche Wegfegen des altdeutschen Schuldrechts durch den Landfrieden von 1495 und das dadurch völlig geebnete ruhige und unvermerkte Einziehen des fremden Rechts, mit andern Worten diese stillschweigende und doch so plötzliche Ersetzung einer Rechtsanschauung durch eine

[3]) Ueber Ursprung und Natur des heutigen Executivprocesses. In der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, n. F. Band 14.

[4]) Beiträge zur Kenntniß des Handelsrechts im Mittelalter, in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. V, S. 401.

andere, und noch dazu bei einem in das Leben so tief und energisch einschneidenden Institut, ist in der That etwas zu Merkwürdiges und Seltsames, als daß wir es nur so auf Treu und Glauben annehmen dürften. Zwei Puncte in Briegleb's Entwicklung sind es, die Berichtigung verdienen: 1°. die Zeit des Bekanntwerdens guarentigiierter Urkunden in Deutschland. Briegleb (2te Aufl. I, S. 215) sagt: „Ueberhaupt habe ich kein geschichtliches Zeugniß auffinden können, mit welchem die Existenz des Instituts der guarentigiierten Urkunden in Deutschland vor dem Jahr 1495 nachgewiesen werden könnte". Wir werden indeß diese Urkunden um zwei Jahrhunderte vorher schon durch Vermittlung der geistlichen Gerichte in Deutschland bekannt gemacht finden. Immerhin ist dies der minder wichtige Punct, weil diese Nachahmung fremder Praxis von keinem erweislichen Einfluß auf weitere Kreise scheint gewesen zu sein. Wichtiger aber ist nun 2°. der Umstand, daß das deutsche Schuldrecht nicht, wie es von Briegleb geschieht, auf das Grundprincip der Selbsthilfe und der übermüthigsten Eigenmacht darf gestellt werden, sondern vielmehr trotz den Ausschreitungen der Fehdelust tiefere Grundsätze erkannt werden müssen, auf denen das Schuldrecht des Mittelalters beruhte; daß namentlich durch die stille Praxis der Stadtgerichte, die durch das Waffengetöse der Fehdeführenden nicht übertönt werden konnte, executorische Schuldurkunden ausgebildet wurden, die aus ähnlichen Grundgedanken wie die italiänischen erwachsen waren. Als Resultat dieser Untersuchung wird sich dann die Frage über die Bildung des Executivprocesses in Deutschland genauer und sicherer als bisher beantworten lassen. Indem wir nun, um über jene beiden Puncte in's Klare zu kommen, den Rechtszustand vor der Reception der fremden Rechte zu ergründen versuchen, werden wir durch die Quellen des 15. und 16. Jahrhunderts nicht auf das alte Pfändungsrecht geführt, sondern auf die vor Gericht in Folge Bekenntnisses (confessio) des Schuldners errichteten Vertragsurkunden, die sog. Confessata oder Confessatbriefe der geistlichen Gerichte einerseits, welche als Nachahmung der italiänischen Praxis anzusehen sind, und die executorischen Einträge in die Gerichtsbücher andrerseits, welche deutschen Ursprungs sind und auf deutschen Rechtsanschauungen beruhen. Vorher aber noch eine kurze Bemerkung. Ich bin bei der Untersuchung des ersten Punctes ausschließlich auf Baslerische

Quellen angewiesen. Dennoch gewärtige ich nicht die Entgegnung, daß ich etwas rein Locales und Particularrechtliches über Gebühr generalisiere. Ich bin meinestheils der festen Ueberzeugung, daß das, was ich von Basel mittheile, sich in jeder Stadt, wo geistliche Gerichte bestanden, gefunden hat; hätten die zahlreichen Urkunden, die wir besitzen, neben den gewöhnlich verfolgten Zwecken, die Entwickelung der deutschen Territorien und die Geschichte der Adelsgeschlechter aufzuklären, auch das Privatrecht mehr im Auge gehabt, als es in der Regel der Fall war, besäßen wir ferner Mittheilungen aus alten Gerichtsprotocollen in größerer Menge, als es dermalen zu rühmen ist, so dürfte sich wohl eine ziemlich übereinstimmende Praxis hinsichtlich der Confessatbriefe im Mittelalter wenigstens für die Bischofsstädte ergeben.

A. Confessata und Confessatbriefe.

1°. Erste Spuren derselben an den geistlichen Gerichten.

Die Praxis der geistlichen Gerichte Deutschlands, namentlich die der bischöflichen Officialgerichte, brachte schon in verhältnißmäßig früher Zeit eine Form für Vertragsurkunden auf, die mit derjenigen der italiänischen instrumenta guarentigiata die allergrößte Aehnlichkeit hatte. Das ist nun an sich weiter nicht auffallend, es ist auch nicht zu bezweifeln, daß die geistlichen Gerichte diese Form aus Italien überkommen haben, als aus dem Lande, mit dem sie durch hundert Fäden in Verbindung standen. Immerhin mag es sich lohnen, und die folgende Untersuchung wird es nicht als unnütz erscheinen lassen, dergleichen Urkunden geistlicher Richter auf deutschem Boden uns näher anzusehen. Schon Zasius führt sie an mehreren Stellen seiner Vorlesungen an, und zwar unter ihrem damals gängen und gäben Namen confessata, macht auch auf die Uebereinstimmung dieser confessata mit den italiänischen instrumenta guarentigiata aufmerksam, und bezeichnet sie als allgemein gebräuchlich an den Gerichten der bischöflichen Officiale. Die betreffenden Stellen finden sich bei Briegleb, I, S. 218 abgedruckt. Indem ich nun gleich um zwei Jahrhunderte vor Zasius zurückgreife, lasse ich

hier gleich zwei solcher confessata des Officials zu Basel folgen; die Originalien befinden sich im Archiv des Klosters Klingenthal zu Basel und sind bisher ungedruckt.

1°. Nos officialis curie Basiliensis notum facimus universis ad quos presentes littere pervenerint, quod sub anno domini M°CCC° quinto feria quinta proxima post purificationem beate Marie virginis constitutus coram nobis in forma iuris Otto dictus de Valkenstein residens in Alswilr confessus fuit publice recognoscens in iure se bona inferius specificata possidere et ea esse singulis annis censualia monasterio de Klingental minoris Basilee nomine prebende institute per quondam bone memorie dominum Waltherum de Klingen ad capellaniam sacerdotis in ipso monasterio in decem quartalibus eque siliginis et ordei in nativitate beate Marie virginis exsolvendis. Et promisit ipse Otto annuatim eodem festo dictum censum solvere monasterio prenotato, ad hoc se et heredes suos siue successores ad quos ipsa bona pervenerint obligando. Unde nos ipsi Ottoni precipimus quod sic solvat censum predictum ut promisit. Est autem specificatio bonorum hec: in banno ville Alswilr unum pratum dictum die Sniewelmatte. Item una petia vinearum sita in loco dicto in der Hart iuxta viam dictam Gundolzhein weg. Item unum iugerum agri frugiferi situm in loco dicto bi dem wingarte. In cuius rei memoriam et testimonium premissorum nos officialis predictus sigillum curie Basiliensis huic appendi fecimus instrumento. Datum Basilee anno et die predictis.

Sig. curie Basil.

2°. Coram nobis officiali curie Basiliensis sub anno domini M°CCC° sextodecimo feria sexta post festum ascensionis eiusdem constituti personaliter in figura iudicii Wernherus Monetarii civis Basiliensis nomine suo et heredum suorum ex una, et Hemma relicta quondam Conradi dicti Baseler de Benkon, Conradus et Wernherus filii eiusdem Hemme ex parte altera, iidem Hemma, Conradus et Wernherus confessi fuerunt in iure publice recognoscentes, de omnibus bonis seu possessionibus sitis in villa et banno de Benken emptis per eosdem a Katherina relicta

quondam Bertholdi de Almswilr cerdonis Basiliensis ac eiusdem Katherine liberis, quorum quidem bonorum seu possessionum dominium directum ad predictum Wernherum spectat, debere solvere et tradere duas verencellas spelte pro censu annuo dicto Wernhero suisque heredibus; promittentes per fidem nomine sacramenti corporaliter in manus nostras sollempni interposita stipulacione prestitam dictum censum singulis annis predicto Wernhero aut eo non existente eius heredibus soluere et tradere, eundemque in festo nativitatis beate Marie virginis Basilee ad ipsius Wernheri hospicium presentare, et ad hoc se et suos heredes seu successores firmiter et insolidum obligarunt. Unde ipsis Hemme Conrado et Wernhero confitentibus precipimus ut dictum censum termino ut premittitur soluant et premissa omnia et singula rata teneant cum effectu. Datum Basilee anno et die predictis.

Sig. curie Basiliensis.

Fernere Beispiele finden sich bei Trouillat, monuments de l'histoire de l'ancien évêché de Bâle, tome II, N°. 421, wo die auf dem Grund und Boden des St. Leonhards-Stifts zu Basel angesessenen Juden im Jahr 1293 einen jährlichen Zins von 35 Schillingen versprechen, und der Official, vor dem dieser Vertrag stattfindet, die Urkunde darüber aufnimmt und siegelt, precipientes ipsis Judeis, quod ipsam pensionem annis singulis termino quo soluere promiserunt persoluant. Ebendaselbst N°. 406 aus dem Jahre 1291 ein Confessatbrief nicht vom Official, sondern von einem Basler Chorherrn als iudex subdelegatus a custode Constanciensis ecclesiae iudice sedis apostolice delegato ausgestellt, wo es heißt: C. Jo. et C. constituti coram nobis in forma iudicii recognoverunt se debere ecclesie sancti Leonardi duas vierdencellas spelte, ... et promiserunt per fidem nomine iuramenti predictos census soluere tempore suo, ... quod et nos eisdem precipimus ut predicta persoluant ut est prenotatum. Man kann auch damit vergleichen N°. 395 (Urk. v. 1291), wo in Folge eines nicht blos fingierten, sondern ernstlich geführten Streits über eine Schuldverpflichtung eine Anerkennung vor geistlichem Gericht und

dann ganz in denselben Worten das praeceptum de solvendo erfolgt.

Der Character dieser und ähnlicher Urkunden ergiebt sich aus Form und Inhalt derselben auf deutliche Weise, es sind Zahlungsversprechen, vor dem Richter abgelegt und vom Gericht in eine Urkunde verfaßt mit beigefügtem Zahlungsbefehl des Richters, kurz ganz übereinstimmend mit der im 13. Jahrhundert in Italien gebräuchlichen Form der guarentigiierten Urkunden, die Briegleb (S. 68, 128) dahin präcisiert, daß man die Simulation eines Rechtsstreits bereits aufgegeben und sich mit confessio und praeceptum begnügt habe, also confessio per modum iurisdictionis voluntariae. Nur besteht der Unterschied darin, daß in Italien dann auch schon Alles vor dem Notar vor sich ging, während in unsern Fällen der Richter selbst noch mitwirkt, eine Verschiedenheit, die sich aus dem damals noch unentwickelten Zustande des Notariats in Deutschland leicht erklärt.

Aber auch für die älteste Art der toscanischen instrumenta guarentigiata, die wirklich auf die Simulation eines Rechtsstreits basiert waren, scheint mir Trouillat's Urkundenbuch wenigstens ein Analogon aus Deutschland zu bieten, tom. II, N°. 105:

> Anno domini m°cc°lx°iiij° in vigilia beati Bartholomei apostoli ego Cuno officialis domini archidiaconi Basiliensis in causa que vertitur inter religiosos viros prepositum et conuentum sancti Leonardi in Basilea ex una parte et dominum Jo. militem dictum Macerel ex altera, lite legittime contestata, recepto calumpnie iuramento, auditis partium confessionibus et aliis que hinc inde proponere voluerunt, ipsum Jo. ad solutionem annui census unius vierdencelle spelte predictis preposito et conuentui nomine ecclesie sue per diffinitiuam sententiam condempno et ad solutionem preteriti census neglecti.

Man kann hier zweifelhaft sein, ob ein wirklicher oder ein blos fingierter Rechtsstreit vorliegt. Für das erstere scheinen die Worte: lite legitime contestata zu sprechen, indem nach der von den Glossatoren richtig aufgestellten Regel die confessio in iure vor der Litiscontestation erfolgen, resp. diese unnöthig machen soll. Doch findet sich die Litiscontestation ebenfalls in

unzweifelhaften Confessaturkunden Italiens[5]), so daß auch hier auf diesen Punkt weniger Gewicht zu legen sein dürfte. Für das Zweite sprechen die Worte auditis partium confessionibus, und das um so mehr, als die Urkunden jener Zeit, welche über wirkliche Streitigkeiten aufgenommen sind, diesen Ausdruck nicht brauchen, sondern Formeln haben wie: porrecta petitione ex parte actoris, exceptionibus rei oppositis, testibus productis, attestationibus publicatis, concluso in negotio et aliis omnibus rite peractis, was eher dafür zu entscheiden scheint, daß wir hier einen wirklichen Confessatbrief vor uns haben.

Wir können also sagen, daß wenn auch nicht gleichzeitig mit dem Entwicklungsgang in Italien, doch nur um einige Jahrzehnte später dieses Institut der executorischen Vertragsurkunden an den geistlichen Gerichten Deutschlands fortgebildet worden ist, daß jede Veränderung ihren sofortigen Rückschlag geäußert hat auf die Praxis der geistlichen Gerichte Deutschlands, und jeder weitere Schritt, den Italien in dieser Richtung gethan hat, auch in Deutschland bei den Officialen der Bischöfe die den Umständen entsprechende Berücksichtigung gefunden hat.

Denn auch die dritte Stufe der Entwicklung ist schon am Ende des 13. Jahrhunderts betreten worden. Wie in Italien die Städte in ihren Statuten angefangen hatten das Recht der paraten Execution allen öffentlichen Urkunden zu geben, auch wenn sie die Guarentigia nicht enthielten, und demgemäß gerade das praeceptum de solvendo nun als unnöthig wegfallen konnte[6]), so ist dies auch in Deutschland geschehen: Urkunden wie die oben mitgetheilten mit dem characteristischen Unde precipimus sind im Ganzen in dem reichen Urkundenvorrath, den das Basler Archiv aufweist, selten. Es ist freilich zu bemerken, daß die Officialurkunden überhaupt bis zum Anfang des 14. Jahrhunderts nicht besonders zahlreich und erst von dieser Zeit an in außerordentlicher Menge noch vorhanden sind. Hier in Deutschland war es denn freilich kein Act der Gesetzgebung wie in den italiänischen Städten, der die einfachere Form sanctionierte und mit gleicher Wirkung, wie die ältere, strengere, ausstattete, aber die geistlichen Gerichte bedurften eines solchen Actes auch gar

[5]) Briegleb I, S. 126.
[6]) Briegleb, S. 74 ff.

nicht, denn die geistliche Gewalt hatte der Mittel genug, dem an ihren Gerichten gebräuchlichen Institut der Confessatbriefe alle nur denkbare und vernünftiger Weise ausführbare Kraft und Wirkung zu verschaffen, wie ja sogar die Excommunication und andere Kirchenstrafen über Schuldner, welche ihren Confessaten entgegenhandelten, verhängt wurden, namentlich wenn der Gläubiger eine geistliche Person oder Stiftung war [7]). In diesen neuern Confessatbriefen nun sind folgende characteristische Merkmale hervorzuheben: stehen geblieben ist die confessio, gewöhnlich noch als confessio in iure bezeichnet (vgl. Note 7), obschon sie jetzt nicht mehr diese directe Beziehung auf die römische confessio in iure hat wie in der ältesten Form der Confessatbriefe, sondern mehr nur noch als der fast unausweichliche Ausdruck für ein beliebiges Schuldbekenntniß erscheint; weggefallen ist das praeceptum de solvendo, statt dessen jetzt die Clauseln aufzukommen beginnen, welche einen Verzicht auf spätere Einreden enthalten, Anfangs noch in bescheidenem Umfang, später unter Aufzählung aller nur denkbaren Vertheidigungsmittel und exceptiones, wie das übrigens auch in den italiänischen und französischen Urkunden jener Zeit aufgekommen ist. Ich will aus

---

[7]) So heißt es in einer (ungedruckten) Urkunde des Baseler Officials vom Jahr 1339 (im Archiv des St. Peters Stifts), daß wenn die Schuldner mit der Zahlung säumig werden sollten, der Official die Befugniß habe, eos tamquam in iure confessos per ecclesiasticam censuram compellere. Ferner Urk. v. 1304 (ebendaselbst): Coram officiali. Quum Conradus de Hertenberg civis Basil. excommunicatus esset a nobis, comparuerunt coram nobis Henricus prepositus ecclesie sancti Petri Basil. et Conradus, et promisit Conradus se soluturum capitulo viginti vierncellas spelte usque ad festum nativitatis b. Marie virginis proxime adventurum, pro eo quod solvere neglexerat dictam annonam pluribus annis ratione contractus initi de curia sua quam inhabitat seu eius parte quam emit a capitulo ecclesie predicte. Preterea recognovit se debuisse capitulo tradere octo solidorum redditus in annona ad estimationem communem, et promisit se soluturum septem libras pro octo sol. redditibus precise usque ad festum purificationis b. Marie proxime adventurum. Solches und Aehnliches öfter. Im 15. und 16. Jahrhundert kommt in den Urkunden die Formel: bei Zahlungssäumniß möge der Gläubiger den Schuldner „mit dem geistlichen Gericht unsers gnädigen Herrn von Basel und seines Officials jederzeit als um verjehen oder zugeurtheilte Schuld mahnen, bannen, interdicieren und göttlichen Dienst verbieten, nach derselben Gerichten Recht und Gewohnheiten, bis ihm um den ausstehenden Zins gänzlich genug Bezahlung geschehen sei.“

der Masse dieser neuern Confessatbriefe blos zwei hier mittheilen, einen vom Official des Archidiaconus, den andern vom bischöflichen Official ausgestellt (denn das ganze Mittelalter hindurch bestanden beide Gerichte neben einander), und zwar aus dem Archiv des St. Peters Stifts zu Basel und des Klosters Klingenthal:

1°. Officialis curie archidiaconi Basiliensis. Sub anno domini m° ccc° ix° xi° Kal. Julii constitutis in nostra presentia Heinrico dicto Phaffen armigero seniore ex una et magistro Rudolfo rectore scolarum sancti Petri Basil. ex parte altera, confessus fuit coram nobis tanquam persona publica in figura iudicii prefatus Heinricus compos mentis et sanus corpore, se vendidisse prefato magistro Rudolfo redditus triginta solidorum de domo quam prefatus magister Rudolfus inhabitat et tenet iure hereditario a Cunone dicto zem roten Turne cive Basil. pro certo censu (idem quoque Cuno eandem domum habet a prefato Heinrico dicto Phaffen iure hereditario), vendidisse inquam accedente consensu et voluntate predicti Cunonis pro viginti libris den. minus decem sol. monete Basil., quas confessus est se integraliter recepisse et in usus suos et suorum liberorum integraliter convertisse, hoc tamen inter eos condicto, quod quandocunque placuerit prefato Heinrico redditus predictorum triginta solidorum reemere, prefato quoque magistro Rudolfo dederit viginti libras den. minus decem sol. tunc usualis monete infra triennium a data presentium, prefatus magister Rudolfus sine contradictione qualibet dare tenebitur ad reemendum; quod si prefatos redditus usque ad prescriptum terminum reemere neglexerit, nichil iuris extunc competere debebit imposterum sibi aut suis heredibus in redditibus anteseriptis. Renuntians pro se et suis heredibus expresse et ex certa scientia omni exceptioni seu exceptionibus doli mali, iuris canonici, civilis, municipalis et consuetudinarii et exceptioni in factum non numerate pecunie non tradite non solute, et omnibus aliis exceptionibus, per quam seu per quas ipse seu sui heredes possent in presenti vel imposterum contra prefatam venditionem venire vel aliqualiter irritare seu quomodolibet annullare,

et renuntians nominatim iuri dicenti renuntiationem factam in genere non valere. In cuius rei testimonium tradidimus eisdem presentem litteram sigillo nostre curie sigillatam. Datum et actum ut supra.

2°. Nos officialis curie Basiliensis notum facimus presencium inspectoribus universis, quod sub anno domini m° ccc° duodecimo feria quinta proxima post festum purificationis beate Marie virginis constituta coram nobis in forma iuris domina Elyzabeth de Slotzheim residens in Rubiaco confessa fuit publice recognoscens in iure, se iuste et legaliter vendidisse priorisse et conventui monasterii de Klingental minoris Basilee redditus viginti solidorum den. super domo eiusdem domine Elyzabeth sita Rubiaci ex opposito domus fratrum minorum ibidem iuxta domum dicte Kegin pro decem libris den. monete Basiliensis, et se a predictis priorissa et conventu eandem pecuniam integraliter recepisse et in usus suos necessarios convertisse. Et predicta domina Elyzabeth venditrix predictam domum suam in predictis redditibus annuatim dicto monasterio de Klingental divisim et proportionaliter in festis nativitatis domini et nativitatis beati Johannis Baptiste de eadem domo sua persoluendis onerans promisit ipsa venditrix per fidem sollempni interposita stipulacione prestitam dictum contractum ratum habere et firmum, nec contra ipsum quoquomodo facere vel venire, item et annuatim predictis terminis predictos redditus de domo prefata fideliter et efficaciter solvere monasterio antedicto, et cauere de euictione rei vendite et prestare quandocunque opus fuerit debitam et legitimam warandiam, ad hec se et suos heredes siue successores ac domum predictam inuiolabiliter astringendo. Renuncians ipsa venditrix ex certa scientia exceptioni doli mali, non solute non tradite non numerate pecunie, deceptionis ultra dimidium iusti precii, beneficio restitutionis in integrum, ac omni iuri et iuris auxilio canonici et civilis, omni consuetudini et statuto universisque exceptionibus et defensionibus tam iuris quam facti, quibus dictus contractus in toto aut in parte posset aliqualiter retractari. In cuius rei

memoriam et testimonium omnium premissorum nos officialis predictus sigillum curie Basiliensis huic appendi fecimus instrumento. Datum Basilee anno et die predictis.

Wie hier die confessio und der Verzicht auf alle Einreden von dem Rentenverkäufer, also dem Rentenschuldner ausgeht, so bei Erbleihen, Liegenschaftskäufen u. dgl. von dem Erbzinsmann in Bezug auf den Zins, von dem Käufer in Bezug auf den Kaufpreis u. s. f., denn nicht auf Darlehnsschulden, Renten u. dgl. beschränkt sich diese Verpflichtungsform, sondern sie wird auf alle Verträge ausgedehnt. Und auch Quittungen wurden in diese Form gebracht, so daß der Gläubiger vor Official constitierte, die Summe zurückerhalten zu haben, und auf jede spätere Geltendmachung verzichtete, wie wir auch in Italien ganz denselben Vorgang vor den Notarien und fast wörtlich gleiche Quittungen wie diese deutschen finden [8]).

Und nun, fragen wir noch zum Schlusse, wie stand es mit der Execution solcher Schuldbekenntnisse? Ich weiß aus dieser Zeit (Anfang des 14. Jahrhunderts) kein bestimmtes Zeugniß dafür anzuführen, daß diese Confessatbriefe der geistlichen Gerichte parater Execution genossen, es scheint mir aber ein solches Zeugniß auch kaum nöthig. Denn die Uebereinstimmung der Praxis der Officialgerichte mit der italiänischen hinsichtlich der Abfassung und der Form der Schuldurkunden deutet schon an sich darauf, daß auch in der Execution derselben ein gleicher Weg eingeschlagen wurde. In Bezug auf die mitgetheilten Rentenkäufe läßt sich außerdem beifügen, daß hier das altdeutsche Pfändungs-, resp. Frönungsrecht des Gläubigers zu Hilfe kam, um die Execution möglichst zu erleichtern.

2°. Uebergang an die weltlichen Gerichte.

Man muß sich einen Zustand vor Augen halten, wie er in den bischöflichen Städten seit Mitte des 13. Jahrhunderts im Gerichtswesen herrschte, um völlig zu begreifen, daß Alles, was vor dem geistlichen Gerichte gebräuchlich war, bis in die aller-

---

[8]) Z. B. bei Muratori, antiquitates Italicae, II, p. 807, 809, 813. Italiänische guarentigiierte Urkunden finden sich in den Urkundenwerken Italiens viele abgedruckt und sie stimmen mit dem eben mitgetheilten Baseler Confessat im Wesentlichen überein. Man vergleiche z. B. auch die Avignoner Urkunde von 1336 im Giornale storico degli archivi Toscani, anno 1857 No. 3, p. 182.

unwesentlichsten Formen und Formeln hinein, sofort bei dem weltlichen Gerichte Nachahmung fand. Wohl waren beide Richter, Official und Schultheiß, Beamte des Bischofs, aber statt friedlich neben einander, jeder in den ihm zugewiesenen Schranken, der Rechtspflege obzuliegen, traten sie schon damals in Conflict zu einander. Denn das Schultheißengericht, meistens mit Rathsmitgliedern besetzt, präsidiert von einem Manne, der durch sein eigenes und sein Familieninteresse damals schon mehr an die Stadt als an den Bischof geknüpft war, begann zu jener Zeit sehr entschieden an der Verwirklichung seiner Tendenz zu arbeiten, aus einem bischöflichen Gericht ein Stadtgericht zu werden, und zwar ein Stadtgericht für alle Civilsachen sämmtlicher Einwohner der Stadt. Da mußte ihm das Officialgericht ein Dorn im Auge werden, nicht blos wegen der durch die canonische Lehre den geistlichen Gerichten zugewiesenen Civilsachen, sondern besonders, wenn nicht damals noch ausschließlich, wegen der Ausübung aller möglichen Handlungen der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Official war die allzeit kundige und gelehrte Urkundsperson, der schwierigste Vertrag gewann unter seinen Händen eine den Schuldner nach allen Seiten bindende, den Gläubiger befriedigende und sicherstellende Form; je fremdartiger sie klang, desto mehr imponierte sie; das Gericht des Officials wurde vorzugsweise gesucht, wenn solche Urkunden gewünscht wurden; ja viele Beispiele liegen vor, daß man selbst Liegenschaftsveräußerungen, die vor Schultheiß mußten gefertigt werden, neben dem vom Schultheißengericht ausgestellten Kaufbrief noch zu mehrerer Sicherheit vom Official verurkunden ließ. So erklärt es sich, daß der Schultheiß begierig nach allen diesen neuen Urkundenformularen griff, die am Officialgerichte gebräuchlich wurden, um durch Uebersetzung derselben die gleiche Gewähr für Unanfechtbarkeit der so verclausulierten Verträge bieten zu können. Gleichzeitig mit jenen Officialurkunden finden wir daher deutsche, fast wörtlich übersetzte Briefe des Schultheißengerichts. Aus der Menge solcher Briefe theile ich zuerst einen Rentenkauf vom Jahre 1331 (Original im Archiv des St. Peters Stifts) im Auszuge mit:

Ich Heinrich von Sliengen schultheize ze Basel an mins herren stat hern Rudolfs des Schalers eins ritters von Basel tun kund dz für mich kament in gerichte Johans

Bōmgarter der becherer und vro Margarathe sin elichū wirtinne, die im der vogteye vor mir in gerichte veriach, ze einem teile, und Heinrich von Walpach der neier och ein burgere ze Basel zem andern teile, und erkanten sich Johans Bōmgarter und M. sin elichū wirtinne und veriahent offenlich vor mir in gerichte, das si uf dem huse an der frien strasse verkōften da vor mir in gerichte recht und redeliche ein phunt phenninggeltes zinses dem vorg. H. von Walpach umb drūzehen phunt Baseler phenninge, der si von im gar und gentzlich gewert und bereit sint und in iren nutz und notdurft bekeret hant, des si vor mir in gerichte veriahent. Och gelobten die vorgenanten J. Bōmgarter vnd sin elichū wirtinne mit im vnd mit siner hant, den vorgeschr. zins ierlichs ze richtende und ze gebende... si lobten och bi ir trūwe für sich und für ir erben disen kouf stete ze hande vnd da wider niemer ze tunde noch ze komende weder mit geistlichem noch mit weltlichem rechte noch mit deheinen dingen ane alle genade. Dirre dinge sint gezūge und warent hiebi . . . (folgen die Namen der Beisitzer des Schultheißengerichts). Ze einem steten waren urkūnde dirre vorgeschribenen dinge so gib ich Heinrich von Sliengen der vorg. schultheize disen brief besigelt mit mins vorg. herren hern Rudolfs des Schalers ingesigele von gerichte.

Ganz ähnliche Rentenkäufe wie dieser finden sich unter Anderm abgedruckt bei Arnold, zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, S. 448, 452. Doch ist diese Form der Urkunden oft erweitert und zwar in einer Weise, die sehr entschieden an das richterliche praeceptum de solvendo erinnert. Die Erweiterung besteht nämlich darin, daß vor den Zeugenanführungen folgender Satz noch eingeschoben wird: Dis ist och alles beschehen und gevertiget in gerichte mit aller der sicherheit und der gewarsami, so von rechte oder von gewonheit der stat von Basel dar zu horte, alse da in gerichte mit rechter urteilde erteilet wart von allen die da warent und gevraget wurdent [9]). Beide Formen,

[9]) Ein solcher Brief (von 1343) z. B. bei Arnold, a. a. O. S. 456, wo freilich gerade die Stelle, auf die es uns hauptsächlich ankommt, der Abkürzung wegen nicht abgedruckt ist; aber das Original enthält sie.

jene engere und diese weitere, gehen neben einander her, ohne daß sich ein rechtlicher Unterschied wahrnehmen ließe.

Nun betreffen freilich alle bisher mitgetheilten Urkunden nicht einfache Schuldverhältnisse, sondern Bodenbelastungen; sie sind sämmtlich Rentenkaufbriefe, und man könnte mir einwenden, daß sie gerade aus diesem Grunde nichts beweisen, indem die Constituierung einer Bodenrente schon an sich habe vor Gericht vorgenommen werden müssen, und sich somit für diese Urkunden solche Cautelen wie von selbst schon ergeben hätten. Ob aber einfache Schuldverträge damals auch vor Gericht abgeschlossen und die Schuldscheine in diesen Formen abgefaßt worden seien, das sei damit nicht bewiesen und stehe noch dahin. Nun sind uns freilich aus jener Zeit fast keine Schuldbriefe erhalten, aus dem einfachen Grunde weil sie keinen dauernden Werth hatten, wie die Rentenbriefe, und entweder abbezahlt und eingelöst, oder bei Concurs des Schuldners werthlos und vertilgt wurden. Aber die wenigen, die noch existieren, zeigen dieselbe Form. So theilt Trouillat, monuments, II., No. 416 einen solchen Confessatbrief vom Jahre 1292 mit: ein Sohn verzichtet zu Gunsten seiner Stiefmutter auf die väterliche Erbschaft gegen eine Schuldverschreibung seines Vaters im Betrag von 10 ℔. Und dieser Schuldbrief lautet im Wesentlichen so:

> Wir Heinrich von Gundolsdorf schulteize an mins hern Peters des Schalers stat, und Peter der vogt ze Basil, tuen kunt . . . das meister Chueni vor Spalon der brotpecko mit vron Iudenten sinre wirtin und mit Wernher sime sune für uns kam für gerichte, und da dem selben Wernher sime sune zehen phunt phenningen gemeiner Basileren gelopte ze gebende ze den zilen die hie nach geschriben stant: ze unser vrowen mes zem Turney der nehsten den drittenteil; darnach ze sant Martins mes den drittenteil; und dannan hin ze wiennaht den drittenteil . . . . Und geschach dis ding mit aller der gewarsami . . und mit aller der sicherheit so von rechte oder von gewonheit dar zu horte und alse an offern gerichte erteilet wart von allen den die da waren. Ze eime urkunde etc.

Besäßen wir aus jener Zeit schon Gerichtsprotokolle und dergl., so ließe sich ohne Zweifel eine ganz constante Praxis in dieser Richtung nachweisen.

3°. Die confessata in den Gerichtsbüchern.

Die seit der Mitte des 14. Jahrhunderts zahlreicher werdenden Rechtsquellen jeder Art verbreiten auf die am Schultheißengericht geltende Praxis der Confessata von Jahrzehnt zu Jahrzehnt ein immer helleres Licht. Als im großen Erdbeben von 1356 zu Basel alle Gerichts- und Rathsbücher und damit die Aufzeichnungen städtischer Statuten und Verordnungen verbrannt waren, wurden in das sofort nach dem Erdbeben begonnene Rathsbuch (das rothe Buch genannt) die wichtigsten Satzungen, wie man sie noch frisch im Gedächtniß hatte, wieder aufgezeichnet, mehr in Form eines Weisthums über altes Recht als in Gesetzesform, ohne Datum, da man die Zeit ihrer Erlassung nicht mehr genau bestimmen konnte. Unter diesen Satzungen befindet sich auch eine über das Executionsverfahren gegen die wegen Geldschulden Ausgeklagten[10]), die sich schon als älteres Recht ankündigt durch die an die Spitze gestellten Worte: „Also stunt dis an dem erren buch", d. h. eben in dem frühern, durch das Erdbeben zerstörten Stadtbuch. Von dieser Satzung interessiert uns zunächst hier blos der Schluß: „ouch ist dien, so an den unzüchten sitzent, harumbe ze gelobende, oder wa es an dem buch, dar an man die geltschulde schribt, geschriben stat, dem sol man och geloben und dar nach richten." Was es aber mit diesem Schreiben der Geldschulden an das Buch für eine Bewandtniß habe, das erfahren wir aus spätern Quellen. Besonders gehört hieher eine Rathserkanntniß vom 28. Mai 1421[11]), worin es heißt: „wer hinnanthin dem andern dhein schulde in der stett bůch uf genempte zil vergicht oder glopt ze bezalende, übersitzt der schuldener solichs und hat dem cleger in dem zil nit gnug getan, wirt dem selben darnach für die unzüchter[12]) gebotten, und sölichs von im klagt, der schuldner sol denne von den selben unzüchtern ane alle gnade in eide genommen werden" etc. Es spricht also diese Verordnung von den in das Stadtbuch, worunter hier das Schultheißengerichtsprotokoll gemeint ist, ver-

---

[10]) Rechtsquellen von Basel, Bd. I, No. 8.

[11]) Rechtsquellen von Basel, Bd. I, No. 112.

[12]) Ueber diese Beamtung, welche unter Anderm auch die Execution für Geldschulden leitete, ist zu vergleichen: Basel im 14. Jahrhundert (Schnell), S. 353 ff. und meine Verfassungsgeschichte von Basel, S. 210 f.

jehenen Geldschulden und deren Execution. Bevor wir diese letztere näher betrachten, mag es von Werth sein, ein solches Gerichtsprotocoll etwas einläßlicher anzusehen. Es sind uns deren seit dem Jahre 1398 in einer freilich nicht ununterbrochenen Reihenfolge erhalten. Das erste (mit 1398 anfangend), in nicht sonderlich gutem Zustande, wird uns im Verlaufe auch einigen Stoff liefern. Ich wähle aber für jetzt zu näherer Beschreibung das mit dem Jahre 1410 beginnende Gerichtsbuch (klein Folio, Papier). Die erste Seite desselben enthält folgende Inhaltsangabe: „Item dis buch het ccc...[13]) und vahent confessata do inne an sub primo folio, und hab angefangen do in zuschribende secunda ante palmarum cccc° x° et est hec tabula libri: Item confessata incipiunt in primo folio usque ad folium ci, et contracti (sic!) a folio cii usque ad folium clxxx, arrestationes a folio clxxx usque ad folium ccxx, decreta consulum a folio ccxx usque ad folium cclxx, früntlich überkomnuss ultimo in libro et testes iudicii". Dann folgen noch zehn Blätter ohne Seitenzahl mit vermischten Einträgen aus den Jahren 1416 und 1417, hierauf erst auf fol. 1 die Confessata seit 1410, bald ziemlich ausführlich, bald bedeutend abgekürzt, je nach der Laune und der Muße des Gerichtsschreibers. Hören wir einige derselben:

Item cccc° x° secunda ante palmarum het veriehen bi trüw an eides stat Erhart Karrer 1 ℔. d. solvend. quasimodo etc. per fidem etc. vel faciat ius civitatis etc.

Item cccc° x° quarta ante palmarum confitetur per fidem Bürki Stubenrōch iii ß iiij d. und den kosten solvend. der brotbekin zuo Hüningen drie wuchen nach ostren vel etc.

Item die et anno predicto confitetur Rudi Züricher xxxvi sol. solvendos heredibus Jeggi Rōb quando carere noluerint per fidem vel etc. und ist die schuld von einer ků wegen so er het, die ira halber ist.

Item cccc° x° secunda post quasi hend sich bekent und gelobt bi trüw an eides stat Hennin Schere und Clewi Schere sin sun für sich und ir erben, dz si oder ir erben wenne si nüt sind hinnanthin ierlichen zu unser frowen tag der

---

[13]) Offengelassen für vollständigere Angabe der Blätterzahl, was nachher vergessen wurde.

iungeren zinsen söllent Johansen Richishein oder sinen erben anderhalb fiernzal dinkelen, und sönd im die gen Basel in sinen kasten antwurten on sinen kosten etc. und get der zins von Richensheins teil zweiger pherden, eins swartzen und eins brunroten, und ist der halb teil sin, und solent die obgenanten verieher die pherd in eren han, und wene eis zu alt wurd oder sust beden teilen nüt gevellig und unnütz, so mögentz si es verkouffen oder bede, und do mit andri kouffen, die siu ōch denne haben söllent als for stot, et in casu quo non etc. possunt pignorari etc. cum iudicio vel sine iudicio etc.

Item die et anno predicto het veriehen by trüw an eidess stat Ulins wib von Arow dz sü schuldig syg und gelten sol Peter Schaltenbrand schaffner zu den Barfüssen und in derselben namen xv ß d. von versessenen zinsen wegen uff rechnung und sol die bezalen uff den meigtag proxime venturum vel facere ius civitatis.

Item die et anno predicto het gesworn Erhart Karrer dz er geben sol dem bumeister iii 1/2 lb. den. hiis terminis, videlicet xxx ß Johannis Baptiste, 1 lb. Galli, et Hilarii 1 lb. den. vel facere ius civitatis, und so er Im dz 1 zil bezalt, so sol er im dz confessat her us gen.

Item cccc⁰ x⁰ sexta post Urbani hent veriehen bi trüw an eides stat Cuntz Cluber und Elsi uxor eius lx lb. d. von verkouffendes wegen xi fuoder wins, und konî ieklich sōm umb xv ß, und wen der win uskond, so sol man die fass sinnen, und sol man rechnen, trift es sich den me denn lx lb., so sols Cluber gen, trift es sich aber minr, so sol man im hinus gen, und ist die vergicht geschehen her Hans Durren dem apt von Wettingen, dem sol man dz gelt gen zuo unser frōwen tag zu herbst und die vass Jacobi, vel facere ius civitatis etc. (später beigefügt:) Item do an het er x lb. d. und 2 gulden.

Item cccc⁰ x⁰ feria quarta (sic!) confitetur Cuni Brand iii lb. ii ß solvend. Bertzschman Phlegler von nu sant Gallen tag über I jor von verkouffendes wegen VI tusig steken per fidem etc.

Item cccc⁰ x⁰ secunda ante Johannis confitetur uxor dicti Hesangers per fidem ii lb. solvend. Claus Bartenheim,

x ß ze frovasten zuo wienachten so nechst kommet, und dannanthin alle frovasten x ß bis sis bezalt, vel etc.

Item cccc⁰ xii⁰ sabbato post Hylarii confitetur Heinr. Hertuch viij ₶. d. solvend. dem bumeister Letare per fidem oder aber die stein sönd wider des bumeisters sin so er im zu k.' (kaufen) hat gen.

Item secunda ante Antonii confitetur Meiger xx karren mit mist und sol Cuni Brand den mist laden uf Meigers karren und sol in Meiger den mist füren für die Breiti.

Item cccc⁰ xii⁰ sabbato post Michahelis het gelobt Peter Hurni, dz er meister Heinrichen von Altkilch sin lebtagen sliffen sol wz zuo sim antwerck gehört, vergeben und umb keinen lon, et uxor etiam promisit per fidem etc.

Item cccc⁰ xiii⁰ secunda post Palmarum confitetur in solidum Strobelhans de Baden et Hensli Sendler de Baden x ₶. d. ratione unius equi et karruce solvend. Eberhardo Ziegler von hüt über xiiii tag alle wuchen ii schif mit steinen ie dz schiff umb ix ß d. donec etc. et obligant equum et karrucam donec etc. et iur.

Anno domini m⁰ cccc⁰ xiii⁰ tercia post Martini hend versprochen bi trüw an eides stat Claus Schentzlin von Witoltzhein und Elsi uxor eius, dz siu Schanis seligen kint Lienhart und Ennelin, so siu zuo iren tagen komend, usrichten sollend xx ₶. baseler den. dofür der husrot ouch gewürdiget ist, ist es sach dz es die kint so siu zuo iren tagen komend an sü fordrend, und sol er die kind han und zien und inen dz best und dz wegst tuon on geverd etc. und ist Valkenstein und Hans Kübler lidig erkent von Schanis kind wegen.

Item cccc⁰ xiiii⁰ sabbato post assumptionem domini confitetur Rudolf Sliffer, dz er Jordan Negelin sliffen sol hinnanthin alle wuchen iii c scheidmesser, und sol im von eim c lonen und daz gelt von den ii c abslan an sinr schuld so im Rudolf ist, und sol nüt entfrömden von sim hus noch dar us, et promisit per fidem nomine iuramenti etc. Item zuo glicher wis Gigerin alle wuchen ii c sliffen und sol si im von i c lonen und dz ander c im ouch abslon an sinr schuld so er ir ist. Item so het er gelobt

ut supra, dz er Rörlin sin hus versetzen sol mit dem lehenherren für xviij ℔. den.

Item cccc⁰ xiiii⁰ sabbato post Mathei confitetur C. Wagner ii ℔. 1 ß solvend. Quasimodo dicto Rütlinger dem snider per fidem, oder sol im denn vor den crützen leisten.

Item cccc⁰ xiiii⁰ sabbato ante Laurentii confitetur Sibold vi karren mit holtz solvend. Eberlin Röslin infra mensem per fidem vel etc.

Item cccc⁰ xv⁰ sabbato ante Johannis ist ein übertrag geschehen zwüschend Heitzman Bendorf und Bertzschi Suber frowen als hie noch geschriben stot: primo dz Bendorf Subers frowen sun haben sol in sim kosten zwei ior, und sol im essen und trinken gen und in getrüwlich leren sin antwerk als ob er sin sun were, und sol die muoter den knaben under und über gen und cleiden, und darumb so sol si im aber gen viii ℔. den., zwei bar, die selben er ouch nam bar, und dannanthin alle fronvasten 1 ℔., bis die sechse bezalt werdend, und sol zuo fronvasten ze herbst anfon proxime etc. und sol den meisteren zuo den viii ℔. d. v ß d. gen, und ob der meister oder der knab do zwüschend abgieng, sol der lebende teil gen darnoch in den viii ℔. d. noch marchzal. Lief aber der knab enweg do zwüschend on schuld, sol zen meistern hin ston in ir zunft.

Item cccc⁰ xv⁰ sabbato post Martini gelobt Hans Romer de Riehen, dz er den reblüten ir bed stuben heitzen sol bis Quasimodo also, wen ir v bi einander sigend, so mögend si die cleinen stuben heitzen, und vi, so mögend si die grossen stuben heitzen, und all virtág und ze lieb und ze leid, und sumpt* er si an holtz, so mögentz si es uf sinen schaden kouffen, und do für ist bürg Oerti Lüti also, wz holtzes si kouffend uf sinen schaden, do für mögend si phfenden mit eim amptman in Oertlishein, und am herd söllend sie ouch brennen, darumb so het er genon v ℔. und i ℔. d. sol zem schultheissen hin ston.

Item cccc⁰ xvi⁰ sabbato ante Galli confitetur Heinrich Gipser v fiernzal gips solvend. meister Arnolden bim nechsten gips so er oder sin knecht brennend per fidem, und wen er den gips weit, so sol im meister Arnold gen i ℔. viii ß.

Item sabbato post Galli confitetur Burkart Ziegler, dz

er Frenlin siner iungfrowen den zwei teil irs lons gen sol bis sabbato post Symonis et Jude etc.

Auch Quittungen solcher Schulden enthält dieser Abschnitt des Protokolls, z. B.

Item cccc° x° quarta post Galli het sich bekent Heinrich Scholer, dz im Dietrich Schöris und Heinrich Scherer de Steinenbrunnen und Ulli Bilant geben hant xvj ℔. d. von vergicht wegen so si im schuldig warent und veriehen hattend im bůch.

Item die et anno predicto bekant sich Heinrich Scholer, daz im Hug zem Truben iiij ℔. d. gewert hab an xx ℔. und xxxß, so er im vormals veriehen hat.

Ich muß fürchten, mit dieser kleinen Auswahl aus den 101 Blättern des Protocolls schon zu weitläuftig geworden zu sein, und doch sind solche Mittheilungen am allerbesten geeignet, einen Einblick zu gewähren in die Art und Weise, wie das Institut, das uns hier beschäftigt, damals bestand, in die außerordentliche Ausdehnung, die es in dem ganzen Gebiete des Obligationenrechts gewonnen hatte. Denn nicht nur Darlehnsschulden und dgl. werden, wie wir hier sehen, in das Gerichtsbuch verjehen, sondern die Verpflichtungen des Verkäufers für Lieferung der Waare, des Käufers für den Kaufpreis, die Verbindlichkeit aus Dienstmiethe, aus Lehraccorden, aus Kindergutsverwaltung u. s. w. finden hier ihre unanfechtbare Verurkundung und der Gläubiger erhält hier das Mittel, für jeden nur denkbaren Vertrag sich den zweifellosesten Beweis zu sichern. Und mehr als bloß sicheren Beweis gewähren diese Confessate. Sie enthalten auch die durch Handgelübd bekräftigte Clausel, der Schuldner werde bei Nichtzahlung facere ius civitatis, d. h. (wie sich ja auch wirklich eins der mitgetheilten Confessate ausdrückt) vor den Kreuzen leisten. Dies ist aber nichts Anderes als das damalige Executionsverfahren gegen gerichtlich ausgeklagte Schuldner; der Confitent erklärt also, wenn er nicht auf den bestimmten Tag zahle, so solle ihm „aller Gerichte ausgewartet sein"[14]), so solle gegen ihn ver-

[14]) So lautet ein Confessat im Gerichtsbuch von 1398: Vigilia Johannis Baptiste (1399). Item veriach und versprach Ulrich von Ratperg armiger Heinrich Murern gnuog ze tuonde bitz zuo sant Gallen tag prox. umb alle die schulde so sich ervindet mit rechenunge daz er im schuldig ist, tete er daz nit, so sol im aller gerichten ussgwartet sin.

fahren werden wie gegen einen Verurtheilten (confessus in iure pro judicato est). Dieses ius civitatis in der Schuldexecution, das Leisten vor den Kreuzen, d. h. die Verweisung des Schuldners zuerst in die Vorstadt, dann vor die Stadtbanngrenze, bis er bezahlte, wird eben als altes Stadtrecht in dem oben angeführten Eintrag im rothen Buch bezeichnet (Rechtsquellen v. Basel I, N°. 8). Spätere Gesetze stellen dann besonders deutlich das Confessat, das Verjehen in das Gerichtsbuch, auf gleiche Linie mit einem Gerichtsurtheil. Vielleicht ist schon die Rathserkanntniß von 1397 (Rechtsquellen, I, N°. 58) darauf zu beziehen, namentlich aber zeigt diese Gleichstellung die Ordnung des Unzüchtergerichts von 1433 (Rechtsquellen von Basel, I, N°. 122). Dieselbe macht unter Anderm folgende zwei Fälle namhaft: 1°. Ueber Sachen Schuld antreffend soll der Schultheiß richten, und wenn der Schuldner fällig wird, soll die Schuld sofort in das Gerichtsbuch geschrieben werden, und der Schuldner ist gehalten, ihr in einem Monat oder nach Uebereinkunft der Parteien in einem längeren Ziel nachzukommen; und der Gläubiger soll von solcher Vergicht wegen, so ihm der Schuldner hat lassen einschreiben, sechs Pfennige in die Gerichtscasse erlegen, welche sechs Pfennige zu der Hauptschuld zu schlagen sind, weil der Schuldner sie dem Gläubiger mit der Hauptschuld zu ersetzen pflichtig ist. 2°. Wo zwei Personen aus eigenem Willen vor Gericht kommen und einer dem andern seine Schuld verjehen und einschreiben lassen will, und darum weder Klage noch Frage geschieht, da sind die sechs Pfennige nicht zu erlegen. Im Uebrigen aber ist die Wirkung die gleiche, zumal das Executionsverfahren dasselbe, „es sie dem schuldener gebotten (erster Fall) oder habe es gesworen in einem nemlichen zil ze bezalende oder vor den crüzen ze leistende" (zweiter Fall). Und dasselbe, was sich hieraus für die vor Schultheißengericht durch Urtheil fällig gewordenen oder freiwillig verjehenen Schulden ergiebt, findet sich auch für Kaufmannsschulden, die vor den Kaufhausmeistern zum Austrag kommen. Eine Rathserkanntniß von 1417 (Rechtsquellen, I, N°. 100) sagt: Welcher dem Andern eine Schuld verheißet oder gelobt bei geschwornem Eide oder bei Treue an Eides Statt, sie zu bezahlen in einem genannten Ziele, und das geschrieben wird in unseres Kaufhauses Buch, oder ob Jemanden von den Kaufhausmeistern und Richtern etwas geboten wird

zu geben bei seinem Eide oder bei seiner Treue an Eides Statt, und das auch in des Kaufhauses Buch gesetzt wird, thut derselbe das nicht, dem sollen die Kaufhausmeister heißen Pfänder austragen und ihn in Eid nehmen, vor der Stadt Kreuze hinauszugehen.

So war durch positive Gesetze des Raths der wichtige Grundsatz, den die Praxis schon lange durchgeführt hatte, sanctioniert und als Stadtrecht anerkannt. Die in das Gerichtsbuch verjehenen Schulden stehen den durch Gerichtsurtheil festgestellten Verpflichtungen gleich, confessata paratam executionem habent.

4°. Letzte Ausbildung der Confessate.

In der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts erscheinen sowohl die Confessate in den Gerichtsbüchern als die besonders ausgefertigten förmlichen Confessatbriefe auch hinsichtlich des an sie angeschlossenen Verfahrens auf den höchsten Grad ihrer Vollendung und in völlige Uebereinstimmung mit den italiänischen und französischen gebracht. Wir kommen hier wieder zuerst auf die Praxis des Officialgerichts zu sprechen, deren Einfluß auf das Schultheißengericht unverkennbar ist.

Es liegt mir ein im Basler Münsterarchiv befindliches Protocoll des Officials vor, betitelt:

contractus,
donationes,
locationes,
testamenta,
precontractus [15]),
quittancie,
confessata,
} audite sub sigillo curie Basiliensis ab anno domini m° cccc° lxx primo usque ad annum domini m° cccc° lxxxi.

Jo. Fridrich de Munderstat
et Johannes Saltzmann } notarii.

Dieses Protocoll enthält die Concepte von Urkunden, die nachher den Parteien ausgefertigt wurden, wie Bemerkungen verschiedener Art beweisen, die pro memoria notiert sind, z. B.: „hic sol man die güter gantz inschriben, so oben durchstrichen sint“, oder nach einer Schuldurkunde eines Hans Falkenstein: „Item in glicher form het sich Heyni Rickembach von Brattellen ouch verschriben, allein an Hansen Valkensteins stat gesezt Heyni Rickembach“. Ein Confessat aus den vielen gleichlautenden des Protocolls mag hier seine Stelle finden:

---

15) D. h. Eheabreden.

fol. lxvii. Confessatum pro Johanne Kratz de Columbaria.

Wir official des bischofflichen hofs zu Basel tund kunt menglichem mit disem brieff, das in dem iar als man zalt von Gots geburt mccccclxx und zwey ior uff fritag nechst vor dem sonntag Judica vor dem hienachgeschriben offnen notarien so unser person und gewaltsami in disen sachen hielte, gestanden ist Fridlin Ment der bader von Seckingen, der sich .... unser gewaltsami hierinn underworffen und sich offenlich erkant und veriehen hett, das er rechter schuld schuldig wer und gelten solt Hansen Kratz von Colmar nün pfunt sechzehen schilling und sechs pfenning Basler müntz, dieselben schuld Fridlin Ment für sich und sin erben by sinen guten trüwen an eydes stat geben glopt und versprochen hett Hansen Kratz und ob er nit were sinen erben hiezwüschen und fritag vor dem sonntag Jubilate gütlich und früntlich zu bezahlen, mit solichem geding, wer sach, daz Fridlin an solicher bezalung sumig wurde, alsdenn mag Hans Kratz den Fridlin darumb angriffen, iagen und triben mit gericht geistlichem oder weltlichem und wie im das füget und eben wirt, biss im solich schuld ussgericht wirt mit ablegung des costens, so er solichs angriffens halb empfahen wurde, darumb sinen trüwen on eyd und andere kuntschafft ze glouben sol sin, davor und dawider Fridlin nützit fryen noch fristen sol, gnad, fryheit, trostung, geleit, satzung, ordenung, recht noch gericht noch sust nützit überal, denn er sich des verzihen und begeben hett nach aller notdurfft, nemlich des rechten so da spricht, ein gemeyne verzihung vervahe nit, ein sundere gang denn ee vor. Zu urkund haben wir unsers hofs ingesigel offennlich thun hencken an disen brieff, der geben ist als obstat.

Jo. Saltzmann.

Während dieses Confessat im Wesentlichen noch ganz auf der Form beruht, wie sie schon im Anfang des 14. Jahrhunderts gebräuchlich war und z. B. den zwei oben mitgetheilten Officialurkunden von 1309 und 1312 eigen ist, zeigt sich eine größere Ausbildung der Form bei den Confessatbriefen des Schultheißengerichts, aber auch nur bei den förmlich unter Siegel ausgestellten Briefen, nicht bei den bloßen Einträgen in das Gerichtsbuch. Diese sind vielmehr im Lauf der Zeit weitaus zum

größten Theil noch viel kürzer geworden als die des Gerichtsbuchs von 1410, was sich ganz natürlich daraus erklärt, daß die Beifügung der executorischen Clausel nicht mehr nöthig erschien, seitdem das Stadtrecht selbst solchen Verzichten schon die gleiche Wirkung wie einem rechtskräftigen Urtheil ausdrücklich zuerkannt hatte und also kein Zweifel mehr darüber entstehen konnte. Daher lauten die Confessate in den spätern Gerichtsbüchern des 15. Jahrhunderts meist einfach so: Item Hans Kretzinger confitetur Adam Schmit ix ß Martini,. oder etwa: Item Cleinhanns der müller confitetur xx ß dicto Tierstein nach bekanntnuss des gerichtz, und so geht es seitenweise fort, und nur zur Seltenheit findet sich dazwischen ein ausführlicheres Confessat mit der executorischen Clausel und dergl., wie etwa hinter einem Confessat von Samstag nach Bartholomäi 1460: „promittens per fidem. Ist mit urteil und recht bekent, das es gut krafft und macht hette und haben sölte." Aber wenn der Gläubiger die Ausfertigung eines besondern Confessatbriefs verlangte, so wurden alle möglichen Cautelen executorischer Natur eingeflochten. Hier ein Beispiel aus einem Gerichtsprotocoll von 1463—1466 (fol. Papier), das sich selbst Urtheilbuch betitelt und die Aufschrift trägt: Anno domini millesimo quadringentesimo sexagesimo tertio sabbato ipso die beati Barnabe apostoli sub domino Leonhardo Herliberg sculteto fuit inceptus iste liber sententiarum iudicii civitatis Basiliensis per me Theobaldum Lupfrit scribam eiusdem, wirklich auch meistens Urtheile enthält, hie und da zerstreut aber auch Confessate und folgendes Concept eines Confessatbriefs:

Ich Lienhart Herliberg schultheiss etc. tun kund . . . daz uff hüt datum vor mich in gericht sint komen die erbern . . . frow Magdalena wilent meister Michel Glasers seligen eliche wirtine, und meister Hanns Gilgennberg der moler, der ir nach irer begerung mit urteil und recht zu irem vogte gegeben wart, dem sie och der vogtye veriach, uff ein, so denn Sebastian desselben Michels seligen elicher sun für sich selbs zem andern und denn meister Hanns Röwlin der scherer als ein wissenhafter vogt und in namen Thieboltz, Ursulins und Ludwigs, ouch des erstgen. Michel Glasers seligen und Magdalenen siner ewirtin elichen Kindern, als die noch under iren iaren und mit dem selben

Hanns Röwlin vervogtet sint, zem dritten teilen, bekanden sich also alle mit einander und veriahent offenlich vor mir in gerichte, dz si gütlich und früntlich betragen sient umb alles das gut so der genant Michel Glaser selige nach tode ze erbende uerlassen hat es sye ligende oder farende nützit usgenomen ... also dz die vorgen. frow Magdalena alles solich gut es sie liegende oder farende, husrat, silbringeschir, barschafft, schulden, werkzüg, ouch was zu dem hantwerck gehört und sust alles ander gut ... zu iren handen nemen behalten, das nützen und niessen und sust damit tun und lassen solle und müge als mit irem eigentlichen gute, und herwiederumb dz dieselbe Magdalena gelten und bezalen solle alle die schulden so derselb Michel nach tode ist schuldig verbliben, und darzu soll sy die obgen. drü kinder Thiebold, Ursulin und Ludwigen nu hinfür in irem kosten ziehen und halten früntlich und eigentlich als einer trüwen mutter geburt, ontz dz sy zu iren tagen koment und beroten werdent, und desglich sol si Sebastian iren sun ouch in irem kosten halten, bitz er das hantwerk gelert; fürer sol sy ouch yeklichem der selben vier kinder geben für sin vätterlich erbe und gut lxxxx gulden rinischer und ir dheinem deshalb nützit schuldig noch verbunden sin ze geben untz es zu sinen tagen komen und in geistlichen oder weltlichen stat beraten sol werden; alsdenn sol sy desshalb mit inen überkomen und sy des zu zylen bezalen in mossen und sy denn eins werden. (Folgt die Versicherung dieser 90 Gulden auf Haus und Hofstatt der Mutter an der Freienstraße, mit Einräumung des Rechts auf das Unterpfand zu greifen und es zu verkaufen, falls die Schuldnerin mit der Zahlung säumen werde). Und davor ensol ouch dieselbe Magdalene noch alles ir gut nützit frien, fristen noch schirmen, dhein friheit, recht noch gerichte, noch sust dheinerley usszüge, fünde, liste noch geuerde, damit sich iemand wider dhein vorgeschriben ding iemerme erdencken könnde oder möchte ze beschirmen, denn si sich des alles wissentlich harinne verzigen und begeben hat. Und haruff hat sich ouch Sebastian ir sun, sodann meister Hanns Röwlin als ein vogt und innamen Th., U. und L. der andern drier kinder wissentlich verzigen alles des erbs und gutz so der benant Michel Glaser ir vatter selige nach tod verlassen hat, und

gentzlich aller der ansprachen so sy deshalb an die muter gehept hand und haben mochten .... Sy hand ouch zu allen teilen by iren trüwen für sich und ir aller erben versprochen, dz sy disen übertrag veste und stete halten, trüwlich volziehen und dowider niemer gereden, komen noch tun wellent heimlich noch offenlich in dheine wise .... Wand nu dieselben teile aller vorgeschribner dingen also einander gichtig warent und sy ouch das in min hand glopt hand stete ze halten, do wart uff ir begerung und nach miner froge einhelliclich erkennt, dz es alles beschehen were in mossen dz es gut crafft und macht hette, und haben solte nu und hienoch, und man den begerenden von gerichts wegen hieuon wol möchte brief und urkund geben. Dirre dinge sint gezügen so harumb urteil gabent die ersamen wisen etc. Zu worem vestem urkunde ist der obgen. unsern hern der reten[16]) insigel von gerichts wegen zu Basel offenlich gehengkt an disen brieff, der geben ist uff montag vor sant Martins tag anno etc. lxx tercio.

Diese Form der Confessatbriefe ist ganz stehend, das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft mag sein, welches es will; so heißt es bei einer Schenkung aus dem Jahre 1453:

Ich Lienhart Herliberg etc. ... das für mich ins gericht komen ist Hanns Heilprun ze eim teil und Claus Heilprunn annders teils, und als nun an sampstag vor sant Martins tag nechst vergangen der ietzgenant Claus Heilprunn dem obgen. Hannsen Heilprunn hundert barer gulden rinscher von sunderbarer liebe wegen in einer steten vesten ewigen fryen lidigen und unwiderrufflichen gabe vnder den lebenden vor mir offenlich in gericht mit vrteil und recht vergabet hat nach des gabbriefs wisung und sag darüber geben, also bekant sich derselb Hanns Heilprunn und veriach offenlich vor mir in gericht, das er die C gulden widerumb verlühen hetti und lech die och vor mir in gericht recht und redlich dem egen.

---

16) Der obgenannten Herrn der Räthe, weil der hier im Concept nicht ausgeschrieben stehende Eingang der Schultheißenurkunden lautet: Ich N. N. Schultheiß zu Basel an meiner Herren des Raths Statt.

Claus Heilprunn zu sinen leptagen etc. etc. Do globte Hanns Heilprunn by siner trüw in min alss in eins richters hand für sich sine kinder und erben, dise widerlihung gegen Clausen Heilprunn allen sinen leptagen stete und veste ze hand, als auch das erkennt wart etc.

Die Gerichtsbücher dieser Zeit enthalten aber auch Manches, das uns über den Proceß aus solchen Confessaten Aufschluß giebt. In der Regel erfolgte auf die Klage aus einem Confessat ein einfaches Mandat des Schultheißengerichts, ein Zahlungsbefehl an den Schuldner, binnen einer oft sehr kurzen Frist dem Gläubiger genug zu thun oder in die Leistung zu gehen.

Urtheilbuch v. 1463: Jovis post Vincula Petri (1464). Item do ist zwüschent Hanns Ruman uff ein und hern Diebolt dem gerichtschriber ex alia, als von der gevallen schulde wegen des pherds halb so Ruman von dem schriber umb ein summ nemlich xiiij gulden halber Johannis Baptiste nehst vergangen und halber Assumptionis Marie ze bezalende, als er und sin wib das in das vergicht buch gesetzt hand, ist nach verhörung des buchs erkennt, daz Hanns Ruman und sin wib in xiiii tagen den nehsten dem genanten schriber umb sin schulde ussrichtung oder der stat recht tun sollent, wie denn das vergichtbuch wiset.

Gerichtsbuch von 1476 ff.: Item quarta ante Lucie (1482) zwüschent Lienhart David und Lienhart Gyren ward zu recht erkent, dwil Lienhart Gyr nach gerichtzbuch vi gulden als ein schuldner veriehen hett, das man im denn gebieten solte meister Lienharten Davit in acht tagen gnug ze tund mit pfand oder pfenningen, oder aber der statt recht.

Waren dem Gläubiger für seine Forderung Pfänder bestellt worden, so war die Alternative des Zahlungsbefehls nicht Zahlung oder Leistung, sondern Zahlung oder Verkauf des Pfandes.

Urtheilbuch von 1463: Jovis post Andree (1463). Item zwüschent J. Andres von Waltpach uff ein und Petern Langen dem scherer zer andren siten ist bekant worden, daz die sach ein monet den nechsten nach wihennachten angestan und dozwüschent der von Waltpach gedencken solle den gen. Peter umb die schuld so er im in des gerichtz buch vormals veriehen hat usszerichten; wie er dz nit entete, dz denn der selb Peter umb die selbe schuld und

umb ander schuld so im der von Waltpach ze tund sye, desselben von Waltpach hus zem Schlitten so er im vormals ze vnderpfand gesetzt hat, als ein farend gut angriffen und verkouffen mög nach recht der statt Basel zwen oder dry tag vor oder nach ungevorlich.

Einreden des Schuldners wurden in der Regel nicht berücksichtigt. Das Urtheilbuch von 1463 enthält unter dem Datum secunda post Antonii 1465 einen Spruch des Schultheißengerichts über ein Confessat, dem der Schuldner durch die Einrede entgehen wollte, „er were durch Andres Sliffer (den Kläger) überredt worden dz er versprochen hette sollichen zinss ze geben", worauf aber einfach erkannt wurde: „wye derselb übertrag, so in des gerichtz buch geschriben stande, wyse, und wes sich Johan Busch (Beklagter) in demselben übertrag verbunden habe, dz es doby blyben sol." Ebenso

Gerichtsbuch von 1460 ff.: quinta post Lucie (1460). Item zwüschent Lienhart Silberberg und Hensslin von Brutbach von etzlicher versessner zinsen wegen von einer matten darrürend, dawider sich Hensslin von Brutbach spert, ettlich inzüg tett, besunder werschafft ettlicher güter und eins wassergraben halb, und aber vormals solicher zinsen bekantlich gewesen was, die in des gerichtes buch an all fürwort gesatzt, und solicher inzügen nie gedacht hat, ward bekent nach red und widerred, das Hensslin von Brutbach Lienharten von Tunsel umb sinen zinss diss iors nach der insatzung gefallen solte gnug tun nach der statt recht, und darzu umb das gelt, so in dem buch veriehen stund, beschehe aber des nit, so möchte Lienhart dem buch und der statt recht nachgan.

Ein Beweisverfahren gegen Confessate war demnach auch nicht zulässig.

Urtheilbuch von 1463: Jovis post assumptionis Marie (1464). Item zwüschent Heinrich Ertzberg und Hanns Ulrich Dampfrion als von der estür wegen so Ertzberg versprochen ist und des bancks halb in der schole gelegen ist nach clage und antwurte und verhörunge des confessatz bekennt worden, dwile dasselbe confessat nit me denn umb xl gulden wiset, so solle ouch Dampfrion umb die xl gulden dem Ertzberg gnügen und usswisung tun; von der übrigen x gulden wegen

als Ertzberg meint me sie denn das confessat innhabe, da möge die widerparthie ir kuntschafft hören lassen und fürer beschehen lassen deshalb das recht sie, und losse man den banck nuzemol bliben wie der sie.

Hier wurde also der Theil der Klage, der die Confessatschuld betraf, sofort in summario erledigt, die übrigen Puncte aber zu besonderer Beweisverhandlung ad separatum verwiesen. Und so zeigt sich auch öfter, daß ausdrücklich ein ordinarium noch offen gelassen wird, und gemäß dem solve et repete der italiänischen Juristen dem zur Zahlung verfällten Schuldner sein Recht an den Kläger vorbehalten bleibt.

Gerichtsbuch von 1476 ff.: vigilia purificationis Marie (1497). Item do wart bekent, das Ennelin Brutbachin und ir man in xiiii tagen gedengken soltent meister Erhart Pfirter umb sin schuld ij ℔ x ß gnug ze tund nach diss buchs sag oder er möchte sinem pfand fürer nachgan, und solte derselben von Brutbach und irem man, ob si nit abstan woltent, ir recht widerumb an meister Erharten behalten sin.

Urtheilbuch von 1463: Lune ante Georgii (1463). Item zwüschen Josen Rilich dem teschenmeister ex una und Hannsen Müntzer ex alia ist nach clage und antwurte erkennt worden, dz Jos Rilich den genanten Müntzer umb die gichtigen schulde so er im ze tund ist ussrichten solle; wenn dz beschehe, möge denn Rilich Müntzer ansprach nit erlassen, solle im sin recht an ihn behalten sin.

Ebendaselbst: sabbato post ascensionem domini (1463). Item zwüschent Lienharten Malterer uff ein und Heinrich Hofer am andern ist nach clage und antwurt erkennt, dz min her der schultheiss Heinrich Hofer gebieten solle, dz er Malterern usswisung und gnug tun solle nach innhalt der erren urteil, dz ouch der schultheiss dem selben Hofer also by x ß ze tunde gebotten hat; vermeine ouch Hofer neisswas ansprach an Malterern ze haben, möge er in ouch mit recht fürnemen.

Daß hier eine vom ordentlichen Verfahren abweichende Proceßart, und zwar eben die summarische des Executivprocesses mit allen characteristischen Merkmalen des summarischen Verfahrens vorliegt, wird kaum zweifelhaft sein, um so mehr wenn wir sehen,

wie weitläufige Beweisverhandlungen bei Klagen auf Privaturkunden hin stattfanden. Ein solches Beispiel mag daher hier noch seine Stelle finden, um den Contrast in helles Licht zu setzen:

Urtheilbuch von 1463: Martis post Margarete (1465). Item zwüschent Steffan Wegenstetter burger zu Rinfelden als einem gewalthaber Michels des iuden zu Rinfelden uff ein und Michel Kölner ander teils als von einer treffenlichen schuld wegen nemlichen xxx ꝟ. vi gulden etc. ist noch clag antwurt verhörung des zedels so Michel Kölner mit siner eigenen hand geschriben, und Michel Kölner des bekantlich was, das er in mit sinen henden geschriben hette, und meinte er were semlichem nochgangen, und begerte des iuden buch dorumb ze hören und ouch kuntschafft, ob es not wurde nach verhörung des iuden buch, erkennt worden, dz Wegenstetter sydmoln er gewalt hat des iuden halb, semliche buch har für recht bringen und das hören lossen, und man Michel Kölner sin kuntschafft verhören solle; was denn fürer recht sie, das beschehe. — Vigilia Jacobi apostoli: Item zwüschent Steffan Wegenstetter burger zu Rinfelden als einem gewalthaber Michels des Juden zu Rinfelden uff ein und Michel Kölner andersteils als von einer nemlichen schuld wegen etc. ist nach clag und antwurt, sidmoln der iud tode und dz gut in viere geteilt sie und der genant Michel Kolner vorhin an ein buch gezogen dorin er meinde mit siner eigenen hand geschriben was er ye dem iuden an soliche schuld gegeben, und aber Steffen Wegenstetter einen rodel darleit, do des gen. Michel Kolners hand nit inne stot, erkennt worden, dz die sache einen monat anston und do zwüschen Wegenstetter das selbe buch suchen lassen; vindet man es denn, das sy das herabe bringen und eigentlich besehen lossen; vinde man aber das nit, wo denn Michel Kölner sin recht tüge, umb wie vil er dem Juden an die gemeldte schuld geben und bezalt habe, dz im das billich doran abgon solle, und des übrigen geltz halb sol Michel den Wegenstetter ussrichten und bezalen.

5°. Conflict zwischen Official- und Schultheißengericht über die Confessate.

Wir würden von der wichtigen und ausgedehnten Rolle, welche die Confessatbriefe im Verkehrs- und Rechtsleben der geschilderten Zeit spielten, kein ganz vollständiges Bild geben, wenn wir nicht mit kurzen Worten des Streits gedenken wollten, der zwischen den beiden Gerichten unvermeidlich war, seitdem Bischof und Stadt auf gespanntem Fuße mit einander lebten. Zwei Gerichte neben einander, theilweise mit concurrierender Competenz, namentlich was die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit betrifft: die Sache war bedenklich, selbst zu einer Zeit, wo der Bischof als der Gerichtsherr für beide erschien und sowohl den Official ernannte als über das Schultheißenamt durch Belehnung verfügte. Entschieden schwieriger wurde das Verhältniß, seitdem der Bischof im Jahre 1385 das Schultheißenamt dem Rathe verpfändet hatte. Je mehr von da an im Verlaufe der Zeit die Aussicht für die Stadt wuchs, nicht blos vorübergehenden Pfandbesitz erworben zu haben, sondern die Pfandschaft in volles Eigenthum sich verwandeln zu sehen, desto schroffer trat der Gegensatz zwischen geistlichem und weltlichem Gericht hervor. Was schon vor der Verpfändung des Schultheißenamts geübt worden war, Aufstellung von Satzungen und Ordnungen über wichtige Theile des Civilrechts wie gerade über die Execution, das wurde jetzt planmäßiger verfolgt; das Gericht war ja jetzt nicht blos dadurch ein „Stadtgericht", daß seine Beisitzer aus Rath und Bürgerschaft genommen waren, es trug auch jetzt in allen seinen Urkunden den Namen des Raths zur Schau und führte das Siegel der Stadt als sein eigenes. Die sehr bewußte Tendenz des Raths seit dieser Zeit war die, dem Officialgericht in allen Fragen civilrechtlicher Natur den Boden zu entziehen und das Schultheißengericht zum ausschließlichen Civilgericht der Stadt zu erheben, zu welchem Zweck schon früh Gerichtsordnungen erlassen wurden, die für die damalige Zeit als sorgfältige Arbeiten bezeichnet werden können und immer mehr das ganze Civilrecht in ihren Kreis und damit in die Competenz des Schultheißengerichts zu ziehen suchten. Am meisten Hindernisse legte diesem Streben die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit des Officials in den Weg, darüber entstanden auch die schwierigsten Conflicte. Wie konnte von Concentration des Civilrechts in der Hand des

Schultheißen die Rede sein, solange noch Testamente, Vergabungen u. s. w. vor Official errichtet wurden und sein Pedell behufs der Inventarisierung solcher Hinterlassenschaften sich zwischen die Erben und das Vermögen hineindrängte, wie konnte an einheitliche Schuldexecution gedacht werden, solange Confessate vor geistlichem Gericht errichtet wurden und deren Execution auch vom geistlichen Richter in Anspruch genommen wurde? Durfte der Schultheiß Confessaten, vor Official eingegangen, die Execution gewähren, oder mußte er sie ihnen verweigern und dergleichen Begehren von sich als dem incompetenten Richter zurück und an das geistliche Gericht weisen? Oder mußte er Confessate des geistlichen Gerichts unbedenklich wie seine eigenen exequieren? Unsern heutigen Begriffen scheint es näher zu liegen, das Interesse des Officialgerichts darin zu erblicken, daß die von ihm ausgestellten Urkunden gleicher Exequierbarkeit vor dem Schultheißengericht wie vor dem eigenen genießen. Der damaligen Auffassung lag die Sache anders: der Official sperrte sich gegen die Execution seiner Confessate durch den Schultheißen, sobald beide Parteien nicht über des letztern Befugniß einig waren; der Schultheiß umgekehrt nahm sie für sich in Anspruch, ja behauptete geradezu ausschließlich hiefür competent zu sein, indem alle rein weltlichen Civilsachen, zumal die Schuldexecution, ihm ausschließlich zuständen. Daraus erklärt sich das Sträuben des geistlichen Gerichts; es handelte sich um völlige Ausschließung des Officials von der Execution, die dieser nicht zugeben konnte und wollte. Dadurch wurde er auf das andere Extrem gedrängt, zu behaupten, er allein dürfe die vor ihm abgeschlossenen Confessate exequieren, wenn der Beklagte es verlange, und sobald daher diese Frage ein Gegenstand des Streits zu werden begann, finden wir den Official auf Mittel bedacht, sich die Execution zu sichern, was er namentlich dadurch zu erreichen suchte, daß er die Parteien sich ausdrücklich unter sein Gericht verpflichten ließ für Alles, was aus diesem Confessat entstehen könnte: „der sich unser gewaltsami hierinn underworffen", oder: „sponte se subiiciens nostre iurisdictioni ordinarie quoad subscripta omnia et que hinc inde oriri possint", ist die stehende Formel der Officialurkunden in Bezug auf den Schuldner.

(Schluß im nächsten Hefte.)

Zur Geschichte des Executivprocesses in Deutschland.

Von

Herrn Prof. Andreas Heusler, Sohn, in Basel.

(Schluß.)

Zudem hatte die Frage noch von einer andern Seite ihre Schwierigkeit. Wohl bei den meisten Confessaten ist es bei dem Eintrag in das Gerichtsbuch geblieben, die wenigsten mögen noch unter dem Gerichtssiegel besonders verbrieft dem Gläubiger ausgefertigt worden sein, da eine solche Ausfertigung bedeutenden Taxen unterlag, die der Gläubiger scheute. Darauf bezieht sich die Unterscheidung, welche die Quellen zwischen versiegelten und unversiegelten Confessaten machen [17]. Wenn nun auf Grund eines blos in das Protocoll des geistlichen Gerichts eingetragenen, also unverbrieften und unversiegelten Confessats vor Schultheißengericht Kläge erhoben und Execution begehrt wurde, wie war da zu verfahren? Sollte der Official verpflichtet sein, sein Protocoll vorzulegen oder einen Auszug zu liefern? Das Natürlichste wäre allerdings gewesen, daß der Schultheiß in einem solchen Falle den Kläger zurückgewiesen hätte, bis er einen besiegelten Confessatbrief beibringe, aber das that er nicht, wie aus den bald mitzutheilenden Beschwerden des Bischofs hervor-

[17] Im Gerichtsbuch von 1476 ff. heißt es unter dem Datum sabbato post Otmari 1480: „Das (nämlich das Versprechen einer Zahlung) möchte Margret Mörin lassen setzen in der stett buch oder aber einen versigleten brief darumb lassen machen, doch in irem kosten, weders si wolte."

geht, um den die Kosten scheuenden Gläubiger nicht dadurch indirect zu nöthigen, lieber gleich die Execution vor geistlichem Gericht zu suchen; er begnügte sich vielmehr mit einer bloßen Bescheinigung der Schuld in einem unbesiegelten Zedel eines Notars am geistlichen Gericht [18]), während der Official verlangte, er solle nur verfahren auf Vorlegung einer von ihm ausgestellten förmlichen Urkunde.

Schon die ersten uns erhaltenen Gerichtsbücher führen Fälle auf, wo geistliche Confessate vor weltlichem Gericht eingeklagt wurden. Das Schultheißengerichtsprotokoll von 1398 ff. enthält unter dem Datum feria secunda ante Estomihi 1398 eine Klage des Heintzman Zscheggabürlin gegen Gergen Kasten auf Zahlung von 80 Gulden „nach eins briefes sage geben von geistlich gericht, so derselb Heintzman inne hat", und es wird der Zahlungsbefehl vom Schultheißen erlassen in gleicher Form und Kürze wie bei Confessaten des weltlichen Gerichts. Aus gleicher Zeit datieren aber auch schon die Beschwerden des Bischofs über unbefugte Execution geistlicher Confessate durch den Schultheißen. Bischof Humbrecht von Neuenburg, der die Basler Cathedra 1395—1418 einnahm, stellte in Folge eines Streits mit der Stadt fünfzehn Klagpuncte auf, wovon der siebente also lautet:

> Item das umb schulde, darumb vergichtbrief vor geistlichem gerichte geben werdent, die schuldener, so si es vordrende, ouch für geistlich gericht werden gewisen, wond si sich in der vergichte darunder verbindent, und da das nit gevordert wirt, das doch denne das weltlich gericht nit von der schulde richt, der vergichtbrieff sye denn ee besigelt, wond ouch das ein yeglicher official und geistlicher richter haltet, umb das niemant betrogen werde.

Der Rath antwortete darauf noch etwas bescheidener als später:

> Item uf das sibende stüke sol man siner gnaden antwurten, das ouch nit also harkomen sie; wol ist etwenn beschehen, das einer, der einen brief hatt vor geistlichem gericht geben, das der nach sins briefs sag geistlich gericht gesucht hatt, ob er wolte, und noch ein ieglicher wol

---

[18]) Aus den Proceßacten zwischen Bischof Caspar zu Rhein und der Stadt Basel: der Rath erklärt, der Schultheiß habe „solichen confessaten glouben geben und daruff gerichtet, sy besigelt oder nit, wann sy mit eins notarien hand399 unnderschriben syent, solichs blib ouch billich daby".

suchen mag, ob er wil, davon trengen wir niemand, tut aber er des nit, und bekümberet den der im brief haft ist, mit weltlichem gericht, dem gönnen wir das ouch wol, und lassent es dabi bliben, wand im der, so im in dem brief haft ist, billich nach volget.

Der Streit blieb damals unerledigt und ruhte dann auch ein halbes Jahrhundert, bis ihn Bischof Johann von Benningen 1466 wieder aufnahm. Den Hauptanlaß zu diesem neuen Proceß hatten auch wieder die schwierigen Verhältnisse zwischen Official- und Schultheißengericht gegeben, und so nahm denn auch wieder die Execution der Confessate ihre Stelle ein unter den 32 bischöflichen Klagartikeln, und zwar als sechster, in gleichem Sinne wie der von Humbrecht:

Item das umb schuld dorumb vergicht brieff von unserm geistlichen gericht geben werden, ob spenn dorumb und die für das weltlich gericht komen wurden, und sich die parthyen in solichem kouffe und vergicht under unnser geistlich gericht verbunden hetten oder wurden verbinden, das weltlich gericht nit von der schuld richte, sonder wenn das gevordert wirt wider für unnser geistlich gericht werd gewisen. Wurd es aber nit gevordert, daz dann aber das weltlich gericht darob nit richte, der vergichtbrieff sye dann ee besiglet mit unnsers hofs ingesigel, umb das niemant darinn werd betrogen.

Der Rath antwortete hiegegen schon entschiedener:

Uff den segsten artikel . . . ist unser antwurt, daz wie wol alle ansprache umb schulde ouch weltlich und nyenen billicher denn fur weltlich gericht gehorende sint, eyn stifft ouch die statt by des weltlichen gerichts gerechtikeiten die sy als vorstat kostlich verphendet hat, billich blieben liesse, yedoch hat man dennoch die parthien die sich umb gichtige schult dem geistlichen gericht underworffen hand, nach ir vorderunge hinuff [19]) gewisen oder aber dem cleger uff des angeclagten vergicht vor geistlichem gericht bescheen fürer gericht im genug ze tunde, als ouch das eyn

---

[19]) Hinauf, d. h. vor das Officialgericht, das auf Burg oben auf dem Münsterplatz gehalten wurde, daher es auch das obere Gericht hieß. Der Schultheiß hielt sein Gericht unten in der Stadt, im Rathhaus auf dem Markte.

schultheis von des weltlichen gerichts wegen wol ze tunde hat.

Und als der Bischof in der Replik erklärte, das geistliche Gericht habe für Schuldsachen die gleiche Competenz wie das weltliche, verwahrte sich der Rath duplicando dagegen sehr eindringlich: vor der Verpfändung des Schultheißenamts möge das so gehalten worden sein, weil damals beide Gerichte der Stift zugestanden hätten, nach derselben aber sei das nicht mehr gewesen, weil das zu Abbruch der Herrlichkeit und Gerechtigkeit des Schultheißengerichts gereichen würde. — Die beiderseits aufgestellten Vermittler, vor denen dieser Proceß verhandelt wurde, einigten sich zuerst auf den Entscheid, daß Klagen auf geistliche Confessate hin vom Schultheißen auf Begehren des Beklagten an geistliches Gericht zu weisen seien, daß aber dann, wenn es Behufs der Execution nöthig werde, Liegenschaften zu frohnen, das wieder vor dem weltlichen Stabe geschehen solle, wie es jeweilen gehalten worden sei. In dem definitiven Vermittlungsvorschlag aber lautet der Entscheid kurz und bündig zu Gunsten des Raths: „daz ein ieklicher cleger der vergicht oder ander verschribung dess geistlichen gerichtz halb beschächen fry sin soll das fürzenemmen vor welichem gericht er welle.“ Der Bischof nahm den Vorschlag nicht an und die Sache blieb wiederum unausgetragen.

Zum letzten Mal nahm den Streit der Nachfolger Venningens, Bischof Caspar zu Rhein auf. Seine Forderung in Betreff der Confessate ist fast wörtliche Wiederholung des Artikels der Klage seines Vorgängers: Zurückweisung solcher Schuldklagen vom weltlichen Stabe an das geistliche Gericht, falls der Beklagte es verlange; wo aber der Beklagte auch das nicht begehre, jedesfalls nur Annahme der Sache durch den Schultheißen bei Vorlegung eines gehörig mit des bischöflichen Hofs Insiegel besiegelten Confessatbriefs („uff unversigelt confessatt sol das weltlich gericht nit richten, die vergichtbrieff syenn denn vor und ee mit unnsers hofs insigel besigelt“). So war auch die Antwort des Raths wieder, das weltliche Gericht sei in Schuldsachen einzig competent. Zudem aber erklärte er, seine Bürger würden vor geistlichem Gericht mit Kosten schwer bedrängt und namentlich mit denen des Insiegels, so daß sie nicht angehalten werden könnten, ihre Sachen in Geschrift zu setzen.

Der Vermittlungsvorschlag der beiderseits verordneten Boten gieng dahin:

Item von der confessaten und vergichten wegen gichtiger schulden vor dem geistlichen oder weltlichen gericht oder iren amptluten oder notarien uffgericht, ob sich da sollicher veriechner schulden halb zwuschen den parthyen spenn oder irrsal erhuben, und darumb zu inbringung solicher schulden gegen einander in recht kemen, ist abgerett, das bede das geistlich und weltlich gericht uber solich veriechen und ingesetzt schulden richten mögen, also ze verstand: wirt ein urkund einer ingesetzten schuld unnder des schultheissen innsigel verwart vor dem official des geistlichen gerichtz in recht anzogen und darbracht, alsdenn so mag der official nit minder daruber richten denn ob die insatzung vor im oder des hoffs notarien uffgericht were.

Hinwiderumbe wirt ein confessat vor dem official oder des hoffs notarien und unnder des hoffs innsigel verwart vor dem schultheissen des weltlichen gerichtz in recht angezogen und darbracht, alsdenn so mag der schultheiss ouch nit minnder daruber richten denn ob das confessat vor im oder dem weltlichen gericht uffgericht wirt.

Was aber veriechener schulden vor des geistlichen gerichtz amptluten ingesetzt vor dem selben gericht furgenommen werden, daruber mag der geistlich richter richten unangesechen daz das confessat nit besiglett ist, dessglichen sol vor dem weltlichen gericht ouch gehalten werden.

Sust was unbesigelter confessat oder urkunde ingesetzter schulden anders denn vorstat von einem oder dem andern gericht anzogen und ingeleit werden, uber solich unbesigelt confessat und urkunde sol weder das ein noch das ander gericht richten. Und damit der besiglung halb nyemand beschwert werde, ist angesechen, was confessaten über x ꝶ versigelt, daz davon iiij den., was aber confessaten umb x ꝶ und darunder versigelt, daz davon ij den. zu besiglung geben werden.

Der Bischof wollte diesen Vorschlag annehmen, da er ja in der That ganz mit seinem Begehren zusammentraf, der Rath aber fand hierin „eine Neuerung, so vormals nicht gewesen sei, der Besieglung halb, so einen unnothwendigen Kosten auf ihr

trage.“ Es kam denn auch jetzt zu keinem Austrage in dieser Sache, und erst die Folgezeit löste den Streit, freilich nicht auf friedliche Weise, sondern sehr durchgreifend durch die Kirchenreformation und die Entfernung des Domstifts und des geistlichen Gerichts aus Basel.

B. Die executorischen Urkunden des deutschen Schuldrechts.

1°. Im Mittelalter.

Wie schon im Eingang bemerkt, bin ich nicht im Stande, für andere Städte so deutlich sprechende urkundliche Nachrichten über das Institut der Confessate zu liefern, wie sie mir für Basel zu Gebote standen. Aber daraus den Schluß zu ziehen, daß dasselbe anderwärts nicht vorgekommen sei, wäre sicherlich nicht gerechtfertigt. Daß Stadtrechte nicht davon reden, beweist nichts; denn die Basler Gerichtsordnung von 1457, die sich doch höchst einläßlich mit der Schuldexecution befaßt, hat kein Wort für die Confessate und erwähnt sie nicht einmal, wo sie die Taxen des Gerichtsschreibers für Ausfertigung von Kauf-, Gab-, Widem-, Ehesteuerbriefen u. s. f. feststellt, sondern führt dort blos an, was der Gerichtsschreiber für Aufsuchen von Urtheilen und Schulden im Buche beziehen dürfe. Erst wenn die Gerichtsprotocolle aus jener Zeit von den Confessaten schweigen, werden wir sagen dürfen, sie seien dem betreffenden Gericht unbekannt gewesen. Es ist aber auch an sich nicht wahrscheinlich, daß ein solches Institut, das in Basel auf den gesammten Rechtsverkehr einen so tiefgreifenden Einfluß übte, hier vereinzelt geblieben sein sollte. Schon das ist nicht denkbar, daß, was ein geistliches Gericht übte, dem andern unbekannt geblieben wäre, und daß eine Einrichtung, die ihren Weg über die Alpen nach Basel gefunden hatte, dort hängen geblieben wäre, statt weiter den Rhein hinunter und nach Schwaben hinein zu wandern, gleich den Geistlichen selbst, die durch Versetzung nach allen Gegenden gelangten. Einige kleine Anhaltspuncte für die Praxis der geistlichen Gerichte bieten übrigens ganz abgesehen von dem Zeugniß des Zasius die Urkundenbücher immerhin, so für Cöln Lacomblet[20]), für Speyer Remling[21]), für Würzburg die mo-

[20]) Urk.-B. zur Gesch. des Niederrheins. Beispielsweise Bd. II, Nr. 812, wo 1285 vor dem Official ein Hausverkauf mit ähnlicher Formel verurkundet wird.

numenta Boica[22]) u. s. f. Namentlich ist für Speyer noch aufmerksam zu machen auf die Urkunde Nr. 641 in Remling's erstem Bande, welche einen im Jahr 1366 von Karl IV dem Bischof Lambert ertheilten Brief wegen der Gerichtsverhältnisse zu Speyer enthält. Der Bischof, heißt es darin, habe sich beschwert, daß der Rath nicht gestatten wolle, „daz man an denselben gerichten (nämlich des Schultheißen und des Kämmerers) mit geistliches gerichtes besiegelten brieffen berede und erzuge als recht untz her gewonlich ist gewest", und der Kaiser weist die Stadt an, alle Hindernisse abzuthun. Das gemahnt an ähnliche Streitigkeiten, wie wir sie zu Basel gefunden haben.

Man möchte nun vielleicht geneigt sein, soviel zuzugeben, daß die Confessata der geistlichen Gerichte auch von den weltlichen Gerichten in Deutschland nachgeahmt worden seien, und so der Executivproceß durch Vermittlung der geistlichen Gerichte Deutschlands, im Uebrigen aber ohne irgend welche Grundlage in deutschen Rechtszuständen zu haben, im 13. oder 14. Jahrhundert nach Deutschland gekommen sei. Es hätte das vielen Schein für sich, würde aber doch ein lückenhaftes und selbst nicht wahrheitsgetreues Resultat ergeben. Denn diese Confessatbriefe der geistlichen Gerichte, so sehr sie auch für die Praxis an den weltlichen Gerichten in ihrer nächsten Umgebung maßgebend geworden sind, scheinen doch einen durchgreifenden Einfluß auf weitere Kreise nicht geübt zu haben, nicht einmal der Ausdruck „confessata" hat weitere Verbreitung gefunden, und auch Zasius weiß von solchem Einfluß nichts, indem er von der ganzen Sache als von etwas auf die Bischofsstädte Beschränktem spricht. Andrerseits aber hatte das deutsche Recht selbst schon sich ähnliche Grundlagen für einen Executivproceß geschaffen und die gleichen Bedingungen, welche die confessata characterisieren, waren auch ihm geläufig und eigen, ja man wird nicht zu weit gehen, wenn man behauptet, daß ein germanisches Rechtselement es gewesen ist, welches in Italien den Anstoß zum Executivproceß auf Grund von Vertragsurkunden gegeben hat. Diese Behauptung kann befremdlich erscheinen gegenüber der Auffassung des altdeutschen

---

[21]) Urk.-B. zur Gesch. der Bischöfe zu Speyer, beispielsweise Bd. I, N°. 434, Urk. v. 1293, confessio einer Rentenschuld.

[22]) Band XXXVII, z. B. N°. 448, 482.

Schuldrechts, wie sie auch der Darstellung Briegleb's zu Grunde liegt, und es ist daher nun meine Aufgabe, darüber einläßlicher zu reden.

Vergegenwärtigen wir uns vorerst den Standpunct der Briegleb'schen Argumentation; es ist folgender: In ganz Deutschland wurde das Schuldrecht noch das ganze 15. Jahrhundert hindurch mit Feuer und Schwert gehandhabt; die schwer auf dem Volk lastende Unsitte der übermüthigsten Eigenmacht, welche den damaligen Zustand des deutschen Schuldwesens characterisiert, war nicht auszurotten; erst die Reichsgesetze von 1495 zerschnitten den Hauptnerv des damaligen deutschen Schuldrechts durch Abschaffung des Faust- und Fehderechts, und die gleichzeitige Errichtung eines stabilen Reichskammergerichts gewährte die Möglichkeit rechtlicher Hilfe zum Ersatz der bisherigen Eigenmacht; nun erst, nachdem die Eigenthümlichkeiten des Einheimischen untergegangen waren, konnte das Fremde an die leer gewordene Stelle eintreten. — Es soll nun mit nichten geläugnet werden, daß das Faustrecht zu Zeiten in Deutschland einen Umfang erreicht hat, der mit einem geordneten Rechtsleben völlig unvereinbar erscheint und den Gedanken nahe legt, der Gläubiger sei in erster Linie auf seine Faust angewiesen gewesen, rechtliche Hilfe sei nicht gewährt worden; aber das muß doch andrerseits auch festgehalten werden, daß ein solcher Zustand nicht gesetzlich und rechtlich sanctioniert war. Denn die Consequenz eines Grundsatzes, wie man ihn früherhin für das deutsche Schuldrecht hat aufstellen wollen, wonach Jeder berechtigt gewesen wäre zum Schwert zu greifen, statt seine Forderung gerichtlich geltend zu machen, hätte mit Nothwendigkeit zu einer vollständigen Negation alles Rechts geführt, und man müßte sich nur darüber wundern, daß die tausend und aber tausend Rechtsquellen des deutschen Mittelalters sich noch damit abgeben mochten, den Proceßgang und die Beweisführung bis in das kleinste Detail hinein zu regeln, während sie zu gleicher Zeit dem Kläger die Mittel an die Hand gaben, sich nach Belieben dieser unbequemen Förmlichkeiten zu entschlagen. Wir wissen nun aber, daß es sich um eine solche rechtliche Sanctionierung der Eigenmacht nicht handelt, und es kann in erster Linie hier genügen, an die Resultate zu erinnern, wie sie von Wächter [23]) über diesen Punct festgestellt hat.

[23]) Beiträge zur deutschen Geschichte. Abhandl. 2: Das Faust- und Fehderecht des Mittelalters.

Blicken wir indeß mit ungetrübtem Auge schärfer in das altdeutsche Schuldrecht hinein, so finden wir da allerdings ein Pfändungsrecht des Gläubigers, aber denn doch in etwas zweifelhaftem Umfang, und zumal jene Pfändung für redliche kuntliche Schuld ist immer noch problematisch und nicht gehörig aufgeklärt, jedesfalls durch die betreffende Stelle des Reichsabschiedes von 1442 nicht in der Ausdehnung, wie man oft annimmt, constatiert. Besonders muß man sich auch vor allzu weit gehenden Schlußfolgerungen aus den sog. Landfrieden und den Bundbriefen wohl hüten; daß bettelhafte Könige wie Ludwig von Bayern und Sigismund, um nur einigermaßen Ruhe im Land zu bekommen, der fehdefertigen Ritterschaft diese Thür der Selbsthilfe für kuntliche Schuld offen lassen mußten, ist an sich nicht verwunderlich; daß aber hinwiederum Könige andern Schlags wie Rudolf und Albrecht in ihren Landfrieden die Zügel viel straffer angezogen und (wohl beide, jedesfalls aber Rudolf) nur die Selbstpfändung für Zins und Gült gegen den Hintersassen erlaubt hatten, sollte auch nicht verkannt werden, als Beweis, wie wenig die Selbsthilfe dem Rechtsbewußtsein zulässig erschien. Ueberhaupt stellt man sich bei Beurtheilung dieser Landfrieden auf einen falschen Boden, wenn man sie aus dem Gesichtspunct der Reichsgesetzgebung betrachtet, während sie doch factisch nichts Anderes waren als precäre und vom Kaiser der Noth der Zeit abgerungene und den meisterlosen Herren und Städten abgefeilschte Verkommnisse, bei denen es sich nicht um Sanction althergebrachten Rechts handelte, sondern um Vermeidung völliger Ordnungslosigkeit durch compromißweise Zulassung des Unrechts in möglichst engen Schranken. Und noch etwas ist wohl zu beachten: bei der Zerklüftung Deutschlands in tausend Länder und Ländchen und bei der Schwierigkeit für den Angehörigen des einen, in andern, auch ganz benachbarten Gebieten Recht zu finden, lag die Versuchung nahe, gegenüber den Unterthanen fremder Territorien die Maßregel der Selbsthilfe in weiterem Umfang zu gestatten, wie denn auch Fürsten und Städte in ihren Bündnissen bisweilen sich diese Befugniß vorbehielten; aber einen andern Character als den einer Repressivmaßregel tragen solche Bestimmungen nicht, und die gleichen Fürsten und Städte, welche gegenüber Angehörigen andrer Gebiete für ihre Unterthanen das Recht der Selbsthilfe nach Kräften wahrten, besannen sich keinen Augenblick, ebenso

entschieden die Selbsthilfe und Selbstpfändung (außer vielleicht für Grundzinse) in allen den Fällen zu verpönen, wo beide Parteien ihre Gebietsangehörigen waren. Das aber, dünkt mich, muß entscheiden: wenn die Selbsthilfe nicht zwischen Angehörigen Eines Gebiets, sondern blos gegenüber Fremden gestattet wird, so ist sie nicht ein Rechtsprincip, sondern bloß eine Repressivmaßregel. Darum ist schon in den ältesten Stadt- und Landesrechten als höchste Regel ausgesprochen: wer eine Forderung hat, der klage sie seinem Richter. Und wenn je die Fehdelust, die gegenüber Auswärtigen ja oft und viel zu Ausschreitungen geführt hat, sich auch gegen Genossen unter gleicher Herrschaft kehren mochte, so wurde nicht nur mit scharfem Gesetzeswort dagegen protestiert, sondern auch durch die That der Friedbrecher belehrt, daß dem Gericht die ausschließliche Executionsbefugniß zustehe. Ein schönes und würdiges Gesetzeswort dieser Art aus der wüsten Zeit des Interregnums enthält z. B. Meichelbeck's unvergleichliches Urkundenwerk [24]): Si forte emens vel mutuum accipiens in solvendo debito erga suum creditorem inventus fuerit negligens et remissus, volumus, quod creditor suum debitorem per poenam pignoris non prius requisito judicio non offendat; quod si aliquis preter prenotatam formam pignus abstulerit, praeda potius quam pignoratio reputetur, et iudex debitoris et pignus aufferentis si facere querenti iustitiam neglexerit, ipse iudex onus subire tenebitur debitoris. Aehnliches wiederholt sich später in einer Menge von Stadtrechten, und der ebenfalls oft vorkommende Satz, daß wenn ein Bürger über den andern bekanntlicher Schuld halb klagt, der Schuldner innert vierzehn Tagen zahlen solle, spricht auch nicht dafür, daß für kuntliche Schuld die Selbsthilfe erlaubt war.

Zum Beweise des ausgedehnten Rechts der Selbsthilfe beruft man sich nun auch noch auf die Pfändungsclausel, aber auch deren Bedeutung hat man meiner Meinung nach überschätzt. Ich habe aus massenhafter Urkundenvergleichung (denn in solchen Fällen kann blos aus der Masse die Regel gefunden werden) das Resultat gewonnen, daß die Pfändungsclausel, namentlich die bekannte „mit und ohne Recht", meistens, ja ich möchte sagen regelmäßig da angewendet ist, wo der Schuldner ein Fremder ist.

---

[24]) Historia Frisingensis, II, Urk.-B. S. 9. N°. XVI. Urk. v. 1252.

Von den unzähligen Urkunden der Basler Klosterarchive z. B. enthalten diese Clausel regelmäßig die Gültverschreibungen der Angehörigen der benachbarten österreichischen Lande gegenüber Baslern. Daneben kommt allerdings die Clausel auch vor in Rechtsgeschäften zwischen Baslern, aber auch hier wieder in der Regel nur dann, wenn der Schuldner auch auswärts Güter hatte, über die sich der Arm des Basler Richters nicht erstreckte. Daß dann auch sonst, wo keine dieser Bedingungen vorhanden war, die Clausel in einzelnen Urkunden Eingang fand, wird Niemanden auffallen, der weiß, wie leicht in der Praxis der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit die wichtigsten Clauseln zu verbrauchten Formeln werden nnd, wenn einmal in das Urkundenformular aufgenommen, immer abgeschrieben werden, und mir steht fest, daß in solchen Fällen die Clausel ohne jeglichen Werth war, wenn sie nicht vielleicht eine Bedeutung hatte, die erst später kann erörtert werden. Wo also die Pfändungsclausel in wirksamer Weise angewendet wurde, war sie nur eine vertragsweise Unterwerfung unter die gänge und gäbe Repressivmaßregel gegen Fremde, während die Geltendmachung derselben im eigenen Gebiete des Gläubigers nicht möglich war.

Je entschiedener nun aber besonders die Städte (denen der gesteigerte Verkehr in ihren Mauern dieses Interesse näher legte als den Landesherrn) die Selbsthilfe von Bürger gegen Bürger (denn nach außen waren sie um kein Haar besser als die Herren) unterdrückten, desto mehr mußte ihnen daran gelegen sein, nicht nur die Gerichtsgewalt zu stärken, sondern auch dem Gläubiger die Mittel zu verschaffen, sich den unzweifelhaften Beweis seiner Forderung und damit rasche Execution zu sichern. Was nun die Städte in dieser Richtung leisteten, war wiederum nichts dem deutschen Recht Heterogenes, von außen her in dasselbe Hineingetragenes, sondern nur die Ausbildung schon vorhandenen Stoffs urdeutschen Rechts. Wenn wir daher die Grundlagen aufsuchen wollen, an die ein Executivproceß sich anknüpfen konnte, so müssen wir uns des Gedankens an Pfändung und Pfändungsrecht und Pfändungsclausel völlig entschlagen und dafür prüfen, ob nicht das deutsche Recht Mittel kannte, den Schuldforderungen von vorneherein solche Gewißheit, solchen sichern und unanfechtbaren Beweis zu verschaffen, daß die nothwendige Consequenz oder wenigstens die natürliche und im Laufe der Zeit sich von

selbst ergebende Folge die executorische Natur dieser Forderungen wurde. Sehen wir auf die Entstehung des Executivprocesses in Italien, so ist auch hier der leitende Gedanke: die Forderung soll so sicher und unzweifelhaft werden wie ein gerichtliches Urtheil, in ihrer Sicherstellung gegen jede Einrede liegt die Möglichkeit sofortiger Execution. Was ergiebt in dieser Richtung das deutsche Recht?

Wir müssen hier anheben mit dem allbekannten Satze des altdeutschen Rechts: Was einer vor Gericht verspricht, dem kann er nicht mit seinem Eide entgehen, sondern er wird dessen überführt durch das Zeugniß von Richter und Schöffen [25]). In erster Zeit behalf man sich mit diesem Grundsatze in einfachster Form: das mündliche Schuldbekenntniß vor Gericht, und, wenn die Frage streitig wurde, das mündliche Gerichtszeugniß genügte den ursprünglichen Verhältnissen. In den Städten zuerst schritt man aber schon früh zu Weiterm vor, in zweierlei Richtung: einerseits ermöglichte man ein dem Gerichtszeugniß gleichkommendes Zeugniß auch außerhalb Gerichts, und andrerseits fixierte man das vor Gericht Verhandelte, das durch Tod und Vergeßlichkeit der Schöffen u. s. f. wieder zweifelhaft werden konnte, durch die Schrift. In ersterer Beziehung finden wir seit dem 13. Jahrhundert durch eine große Anzahl von Städten in allen Gegenden Deutschlands eine Einrichtung verbreitet, welche durch die entwickelteren Verkehrsverhältnisse hervorgerufen war: weil es bei manchen Verträgen, namentlich den auf dem Markte, im Kaufhause u. s. w. abgeschlossenen, zu umständlich war, sie vor Gericht nochmals zu bekräftigen, bestimmte entweder der Rath eine Anzahl besonders glaubwürdiger Männer, welche zu jeder Zeit und an jedem Ort zu Verträgen konnten beigezogen werden und deren Zeugniß dem der Schöffen gleich stand, oder es wurde auch wohl erklärt, daß das Zeugniß eines oder zweier Rathmänner oder Schöffen dieselbe Kraft haben solle wie das Gerichtszeugniß [26]). Das Zweite war die Fixierung der Erinnerung

---

[25]) Besonders bestimmt im sächsischen Recht ausgesprochen. Statt aller Belege sehe man Homeyer, Richtsteig, S. 475 und die dort angeführten Quellen und Schriftsteller.

[26]) Ueber diese Einrichtung s. Stobbe, zur Gesch. des deutschen Vertragsrechts S. 18 ff., Planck, Recht zur Beweisführung, in der Zeitschr. f. D. R. X, S. 311, und meine Verfassungsgesch. von Basel, S. 474 ff. Die Beispiele solcher zum Zeugniß Verordneten ließen sich übrigens noch sehr vermehren.

durch die Schrift, zuerst durch Urkunden, Briefe, Handvesten, welche mit dem Siegel des Gerichts, resp. Richters bekräftigt wurden, später und auch wieder unter Vorgang der Städte durch Protocollierung in Gerichtsbücher, dann beides vereinigt: neben der Aufzeichnung im Gerichtsbuch noch Ausfertigung der Urkunde für den Gläubiger.

Wir haben hier die ersten Elemente, die erforderlich waren, um die Rechtsanschauung für den Executivproceß empfänglich zu machen und auf denselben vorzubereiten. Anfangs freilich war einziger Zweck dieser Zeugenzuziehungen, dieser Urkunden und Protocollierungen Erleichterung des Beweises der Schuld; von executorischem Charakter der Forderung war keine Rede, es sollte nur ein dem Eide des Beklagten vorgehendes Beweismittel vorhanden sein, falls dieser den Abschluß des Vertrags so, wie Kläger ihn behauptete, läugnen sollte, aber ausgeschlossen wurde dadurch nicht, daß der später auf Haltung des vor Gericht abgeschlossenen und verbrieften Vertrages Belangte alle möglichen Einreden vorschützte, soweit sie nicht mit dem Wortlaut der Urkunde in Widerspruch standen, als z. B. seitherige Rückzahlung des damals gegebenen Darlehns u. s. f. Die Quellen lassen hierüber keinen Zweifel, schon dadurch, daß sie die Bedeutung des Gerichtszeugnisses, resp. der Urkunden für den Fall der todten Hand hervorheben, d. h. eben als Mittel, um gegen den Ignoranzeid des beklagten Erben aufzukommen [27]), sodann aber durch ganz directe Stellen. Die Magdeburger Fragen Buch II, Cap. 2, Dist. 9 (Behrend S. 159) übereinstimmend mit dem Schöffenrecht der Dresdner Handschrift Cap. L (bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen, I, S. 86) entscheiden gerade den vorhin erwähnten Fall der Einrede der Rückzahlung gegen eine verbriefte Forderung: Wenn ein Mann Briefe von gehegtem Ding über Schuld auf einen andern Mann hat, und dieser spricht, er habe die Schuld vergolten, darf er gezeugen, daß er die Schuld bezahlt hat, oder soll des Briefes Laut und Zeugniß Vorgang haben? Hierauf sprechen wir Schöffen zu Magdeburg Recht: Mag der Schuldner selbdritt auf die Heiligen schwören, daß er seit der Zeit der Ausstellung des Briefs die Schuld ver-

---

[27]) Man vergl. z. B. bei Wasserschleben, Samml. deutscher Rechtsquellen, Bd. I, S. 320 f. Bruns, Beiträge, S. 249. Zöpfl, Bamberger Recht, S. 220.

golten habe, so ledigt er sich und der Brief ist machtlos. Von Rechts wegen. — Also hier eine Entscheidung, wie sie der Richtsteig Cap. 8, §. 1 ganz allgemein ohne Unterscheidung von verbriefter und unverbriefter Schuld als Regel aufstellt (vergl. Homeyer, Richtsteig, S. 487). Ebenso noch beispielsweise das Stadtrecht von Lüneburg (bei Pufendorf, observ. iuris, II, app. p. 192, Kraut, das alte Stadtr. von Lüneburg, S. 26): were dat en dem anderen schuldich were und bekande eme der schuld vor deme voghede und vor enem radmanne edder mer, und wolde he darna seggen, he hedde de schuld beret (bereit, bezahlt), de beredinge schal he bewisen alse recht is. — Nach todter Hand endlich beschwor der Erbe des ursprünglichen Schuldners die Rückzahlung selbsiebent (sächs. Weichbild, Art. C. Planck, a. a. O. S. 314).

Gegen diesen Satz, den man als den des sächsischen Landrechts bezeichnen kann, obschon er auch in Stadtrechten und in Stadtrechtsbüchern erscheint, hat sich aber das Weichbildrecht in der Folge in sehr bewußte Opposition gestellt. Zuerst sind die Goslarischen Statuten [28]) zu nennen, welche folgende Fälle auseinanderhalten: 1°. Der Kläger beruft sich für seine Forderung auf eine Privaturkunde des Beklagten, dieser läugnet, daß sie von ihm ausgestellt sei und sein Siegel trage, und entgeht dann der Klage durch seinen Eid. 2°. Der Beklagte erkennt zwar das Siegel dieser Urkunde als das seinige an, behauptet aber, es sei ohne seinen Willen an die Urkunde gekommen und er habe die Schuld nicht eingegangen, da ledigt er sich selbdritt. 3°. Der Beklagte recognosciert Brief und Siegel, behauptet aber seitherige Bezahlung, da muß er diese letztere mit dem Gericht beweisen, während er, fügt die Stelle ausdrücklich bei, nach Landrecht selbdritt die Bezahlung beschwört. Ja dieser selbe Grundsatz wird in den Goslarer Statuten sogar dann aufrecht erhalten, wenn der Kläger keinen Brief für seine Forderung hat (Göschen, S. 72, Z. 13—18). Nimmt man nun auch mit Planck (a. a. O. S. 240, Note 71) an, daß diese Abweichung vom Landrecht auf einer ältern Rechtsansicht beruhe, was freilich höchst zweifelhaft ist, so zeigt sich doch, daß sie für die Folgezeit sehr maßgebend wurde.

---

[28]) Bei Göschen, S. 71, Z. 20—34, und S. 112 (Privileg Friedrichs II. von 1219).

Besonders deutlich ergiebt sich dies aus dem vermehrten Sachsenspiegel, der auf Grund jener Stellen der Goslarer Statuten die betreffenden Grundsätze bestimmter ausbildete. Er hält in Buch III, Cap. XI, Dist. 1—3 die Fälle folgendermaßen aus einander: die zwei ersten entscheidet er wie die Goslarischen Statuten. Dann aber fährt er fort: 3°. Ist die Schuld zwar vor Gericht eingegangen worden, doch ohne daß ein Gerichtsbrief unter des Richters Siegel darüber ausgestellt wurde, sondern blos eine Privaturkunde, so erbringt der Beklagte den Beweis der bezahlten Schuld mit dem Gericht. 4°. Ist aber ein Schuldbekenntniß vor Gericht abgelegt und ein Brief unter des Vogts oder der Schöffen Siegel darüber ausgefertigt worden, so kann der Beklagte den Brief mit keinem Rechte entkräften. In diesem Falle also scheint auch die Einrede der Zahlung ausgeschlossen[29].

---

[29]) Die fraglichen Stellen sind etwas undeutlich gefaßt, sie lauten in Betreff der Sätze 3 und 4 folgendermaßen: Dist. 2. Louckent (Var. bekennet) eyner sines brifes unde sines ingess., unde spricht, dy schult si vorrichtet, wer dy schult an gerichte geschen, daz irezuget man mit gerichte; wo des nicht geschen ist, des muss her sich entschuldigen selbdritte unvorsprochener lute. Dist. 3. Ist eyn man schuldig, do eyn sinen brif ufgebet under foytes adder scheppphen ingess., do he schult bekente an gerichte, den brif mag her nicht entsagen mit keynen rechte. Ich erkläre die Dist. 2 so: liegt ein Brief (und zwar eine Privaturkunde unter dem Siegel des Schuldners gemäß Dist. 1) vor, und behauptet der Beklagte die Rückzahlung der Schuld, so muß er das, wenn die Schuld am Gericht ist eingegangen worden, auch mit Gericht beweisen; ist die Schuld nicht vor Gericht abgeschlossen worden, so bleibt es bei dem gewöhnlichen Beweise selbdritt. Es ist also hier ein bestimmter Gegensatz, und nicht, wie Göschen (Goslar. Statuten, S. 490) annimmt, „die Möglichkeit durch Privatzeugen und durch Richter zu beweisen alternativ schlechtweg neben einander gestellt." In obiger Erklärung dürfte auch die Vereinbarung der scheinbar widersprechenden Ansichten Stobbe's (Vertragsrecht, S. 87) und Hänel's (Beweissystem des Ssp. S. 126, Note 25) liegen. Die Dist. 3 schließt sich dann auch sehr gut an mit der dritten Möglichkeit, wo eine vor Gericht bekannte Schuld auch unter dem richterlichen Siegel verbrieft worden ist: gegen solche kann sich der Beklagte „mit keinem Rechte", d. h. mit keiner Einwendung schützen, also auch nicht mit der Einrede der Zahlung. — Purgoldt's Rechtsbuch, Buch VI, Cap. 70 und 71 folgt vollständig dem vermehrten Sachsenspiegel III, 11, 1, weicht aber in Cap. 73 und 74 von den entsprechenden Dist. 2 und 3 des vermehrten Sachsenspiegels ab. Es sagt nämlich Cap. 73: Spricht der Beklagte: ich bekenne des Briefs und Insiegels, aber die Schuld ist abbezahlt, wäre nun die Schuld am Gericht zurückbezahlt (gegulden, berechnet ader bericht, statt des geschen des verm. Ssp.), so erzeugt er das mit zwei Schöffen. Ist es nicht am Ge-

Man kann hier Schritt vor Schritt verfolgen, wie sich die Ansicht, daß gegen einen Gerichtsbrief kein Zeugniß und kein Eid helfe, gebildet hat. Das ist denn in manchen Stadtrechten schon früher zum Durchbruch gekommen, als die Rechtsbücher es bestimmt aussprachen. Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht bietet ein interessantes Beispiel solchen Conflicts der Stadtwillküre mit der bisher herrschenden Ansicht. In Buch III, Theil 2, Cap. 26 und 27 (Laband S. 81) wird der Satz, den wir schon in den Magdeburger Fragen gefunden haben, reproduciert: gegen Schöffenbriefe ist der Beweis der Zahlung mit zwei Zeugen zulässig und bricht die Briefe, aber es ist beigefügt: gratia est contra, was noch näher ausgeführt wird durch die nunmehr von Laband mitgetheilte Stelle des Codex „der rechte Weg": Wilkor der Stat Breslaw. Wiewol es wider Magdeburgisch recht ist, so hat man zu Breslau vor eyne wilkor, das ein iczlich vnvorstert scheppenbrieff obir gelt vnd schult, der auss deme gerichte ist gebin, crafft vnd macht habin sol, und das vor das gelt vnd schult noch lawtte des briefis nymandt gesweren mag vnd do wider keynne hulffrede habin sal noch mag yn keyner weisse.

Etwas Aehnliches verfolgen wir in Braunschweig[30]). Das Ottonische Stadtrecht Art. 14 und übereinstimmend damit das Stadtrecht von 1265 Art. 14 haben den Satz: Wer dem Andern schuldig ist und ihm die Schuld am Siechbette vor guten Leuten bekennt, so mag er (der Gläubiger) die Schuld besser selbdritt behalten, als sie die Erben läugnen können, es wäre denn, daß diese die Rückzahlung der Schuld durch sie erzeugten. Hier ist noch der alte Satz ausgesprochen: Die Einrede der Zahlung ist zulässig auch gegen den strictesten Beweis der Eingehung der Schuld. Aber das Stadtrecht im Rechtsbuche der Neustadt Art. 12

richt geschehen, so entschuldigt er sich selbdritt. Cap. 74: Schuldigt einer den andern um Schuld, da dieser einen Brief darüber gegeben und das vor Gericht bekannt hat, so wird der Beklagte nicht zum Eide gegen den Brief zugelassen. — Vielleicht liegt der Aenderung nur ein Mißverständniß von verm. Ssp. III, 11, Dist. 2 zu Grunde. Doch ist es auch möglich, daß der Purgoldtische Text den Gedanken aussprechen will, dem wir auch sonst begegnen, daß die auf liquiden Beweis gestützten Forderungen nur durch gleichen liquiden Einredenbeweis können entkräftet werden.

[30]) Urkundenbuch von Braunschweig, S. 5, 11, 22.

hat schon die neue Wendung: Wer dem Andern schuldig ist und ihm die Schuld am Siechbette vor zwei Rathmännern bekennt, darüber geht kein Eid und kein Zeugniß; welcherlei Schuld man auch vor zwei Rathmännern verspricht, das bricht weder Eid noch Zeugniß. Das Zeugniß zweier Rathmänner ist eben das dem Gerichtszeugniß gleichgestellte und wird nun als absolut maßgebend betrachtet, so daß selbst der Satz der ältern Stadtrechte, der den Erben den Beweis der Zahlung vorbehält, nicht mehr aufgenommen ist. Diese Braunschweigische Bestimmung führt uns aber weiter nach Hamburg, dessen Stadtrechte von 1270, VII, 3, von 1292, C, 18, von 1497, H, 10 übereinstimmend den Satz aufstellen: Wenn eine Schuld vor Rath bekannt und in der Stadt Schuldbuch geschrieben ist, so geht kein Zeugniß darüber [31]). Dieser Artikel des Hamburger Rechts ist in das von Stade von 1279 [32]) und später auch in das lübische Recht [33]) aufgenommen worden. Daß aber auch schon früher diese Ansicht sich im lübischen Rechte Bahn gebrochen hatte, darauf deutet auch das Urtheil N°. 6 bei Michelsen (Oberhof zu Lübeck, S. 89), woraus wenigstens hervorgeht, daß nichtliquide Gegenansprüche (oder Einreden?) die Execution eines anerkannten Schuldbriefs nicht aufhalten konnten. Bedenkt man, daß dieser Satz, im Widerspruch mit dem Landrecht, wie er ist, von Reval aufgestellt und von Lübeck bestätigt worden war, somit auch in andern mit lübischem Recht bewidmeten Städten zur Anwendung gekommen sein muß, so kann man wohl sagen, daß die Städte Norddeutschlands schon seit dem 13. und 14. Jahrhundert den Schritt zur executorischen Natur der vor Gericht bekannten oder in das Gerichtsbuch eingetragenen oder durch Brief und Siegel bewiesenen Schulden gethan haben, in einem Umfang, der dem heutigen Recht wieder ganz fremd geworden ist.

[31]) Stobbe, Vertragsrecht, S. 83 scheint dies blos auf das Läugnen der Eingehung der Schuld zu beziehen. Doch dürfte sich namentlich auch aus der Analogie Braunschweigs der weitere Sinn dieser Stellen ergeben. Daß auch die Zahlungseinrede ausgeschlossen war, nimmt ebenfalls Baumeister an, Privatrecht von Hamburg I, S. 63. Derselbe, Drei Artikel über summarischen Proceß in Hamburg, S. 10 ff.

[32]) Pufendorf, observ. iur. I, app. p. 208. Von Stade ist dieses Recht und das Stadtbuch für Schuldeinträge auch nach Buxtehude gekommen. Homeyer, Die Stadtbücher des Mittelalters, S. 19.

[33]) Revid. lüb. R. lib. V, tit. 5, II.

In ähnlicher Richtung scheint sich in Süddeutschland ein executorischer Character verbriefter Forderungen angebahnt zu haben, doch ist die Sache hier nicht ganz klar. Wenn der Schwsp. (Wack. 34, 140, 336, 339, Lassb. 36, 159, 313 I, II) wohl öffentliche und private Siegel und Handvesten unterscheidet und jedem besondere Kraft beilegt, so erklärt er sich doch nicht näher über die Zulässigkeit von Einreden gegen solche Siegel und Briefe, somit deren executorische Natur. Dagegen thut die Bayrische Gesetzgebung schon einen Schritt weiter: das bayrische Landrechtsbuch [34]) hat in erster Linie auch wieder den allgemeinen Satz, daß der Beklagte die Tilgung der Schuld mit zwei Zeugen beschwöre. Art. 313 und 317 bestimmen aber, gegen einen gehörig versiegelten und durch zwei ehrbare Leute bezeugten oder gegen einen unter eines Klosters oder einer Stadt Insiegel ausgestellten Brief werde keinerlei Zeugniß zugelassen. Diesen Art. 281, 313 und 317 entsprechen die Art. 12 und 463 des Stadtrechts von München sowie das Stadtrecht von Freysing (Freiberg, Sammlung histor. Schriften, V, S. 221 und 229); den zweiten Satz hat auch das Augsburger Stadtrecht Art. 351 (Walch, vermischte Beiträge, IV, S. 333). Ob mit dieser Bestimmung bloß Einreden gegen das Zustandekommen des Schuldverhältnisses ausgeschlossen sein sollten, oder ob ihr eine weitere Wirkung in der Art der Breslauer Willküre inwohnt, ist freilich zweifelhaft, doch läßt sich aus Ruprechts von Freysingen Stadtrechtsbuch Art. 52 und 53 (v. Maurer, S. 295) schließen, daß wirklich gegen öffentliche Urkunden der Beweis gänzlicher oder theilweiser Zahlung nicht zugelassen wurde [35]). Auf dasselbe deutet auch die landesherrlich bestätigte Satzung des Gerichts zu Innsbruck von 1317, wonach gegen die unter dem Stadtsiegel verschriebenen Käufe und Geschäfte weder eine Einrede noch ein Zeugniß zugelassen und der Gläubiger nach Inhalt des Briefs bezahlt werden soll (Bischoff, österreich. Stadtrechte, S. 46).

Etwas anders finden wir die Sache gewendet in dem Rechte

---

[34]) v. Freiberg, Sammlung histor. Schriften, IV, S. 480.

[35]) Vergl. Sachße, das Beweisverfahren, S. 125 f., 215, dessen Erklärung dieser Stellen Ruprechts ich beistimme, und der annimmt, daß gegen derartige liquide Forderungen zum Beweis der Einreden ähnliche liquide Beweismittel erforderlich waren, wie wir dies bei Prag und Brünn auch wirklich finden werden.

von Prag und Brünn, doch auch hier wieder so, daß ebenfalls das Bestreben ersichtlich ist, solchen Forderungen executorische Wirkung beizulegen. Das Prager Statutarrecht Art. 129 (Rößler, S. 86) läßt gegen das Zeugniß von zwei Genannten keinen Beweis zu (do gehort kein lougen gegen), außer auch wieder durch zwei Genannte, welche binnen vierzehn Tagen gestellt werden mußten (Rechtsbuch, Art. 95, bei Rößler, S. 128). Wird also hier ein in continenti liquider Beweis und noch dazu durch ebensoviele ausgezeichnete Zeugen wie die bei Eingehung der Schuld anwesenden erfordert, so ist in Art. 121 des Statutarrechts (Rößler, S. 78) geradezu festgestellt, daß bei Klage auf Grund eines Gerichtsbriefs sofort gezahlt werden müsse, und der Beklagte dann (in ordinario) mit dem Beweis der Zahlung das indebitum zurückfordern solle. In Brünn stoßen wir auf eine höchst merkwürdige Clausel, die damals bei Schuldbekenntnissen gebräuchlich war, nämlich die, daß die Zahlung der Schuld auch wieder vor einem iuratus erfolgen solle, wie das Versprechen vor einem solchen eingegangen war. Und hieran schloß sich dann der Rechtssatz an, daß der Schuldner der Klage auf Zahlung der Schuld nicht anders entgehen könne als durch solchen Beweis mit dem iuratus (Brünner Schöffenbuch, Art. 434 und 471, bei Rößler, S. 203 und 215). Das ist in gewissem Sinne auch eine executorische Clausel, insofern als durch Parteienübereinkunft jede Einrede außer der durch das sofort liquide Beweismittel des Geschwornen zu erweisenden ausgeschlossen wird. Im Uebrigen spricht auch das Brünner Schöffenbuch Art. 680 den Satz des Prager Rechts aus, daß gegenüber einer durch Geschworne bezeugten Forderung der Beweis der Rückzahlung durch Geschworne zulässig sei, wie auch hinwiederum aus Art. 712 hervorzugehen scheint, daß gegen Gerichtsbriefe kein Beweis der Zahlung zugelassen wurde, indem dort dem Beklagten der Beweis der Zahlung offen gelassen wurde, weil der Kläger den Brief durch einen Brand verloren zu haben behauptete, während Beklagter ihn bei der Zahlung zurückempfangen und zerstört zu haben erklärte.

Das Bisherige kann genügen um zu constatieren, daß die Tendenz der städtischen Rechtspflege dahin gieng, den durch das Zeugniß ausgezeichneter Urkundspersonen, durch Gerichtsbriefe oder Gerichtsbücher liquid gemachten Forderungen executorische Wirkung zu geben und höchstens solche Einreden dagegen zuzu-

lassen, die auf gleichartige Beweismittel wie die Klage sich stützten: Gerichtszeugniß gegen Gerichtszeugniß, Gerichtsurkunde gegen Gerichtsurkunde, so, daß der Beklagte die Einrede der Zahlung z. B. nur geltend machen konnte gegenüber dem Zeugniß zweier Schöffen (jurati, Genannten) durch die Aussage zweier Schöffen, gegenüber einer gerichtlichen Urkunde durch eine vom Gericht ausgefertigte Quittung. Dieser unbestreitbar vorliegenden Tendenz kam nun aber besonders die Einrichtung der Stadt- oder Gerichtsbücher in eminenter Weise zu Hilfe, und hierauf haben wir nun unser Augenmerk zu richten. Die Mittheilungen über die Stadtbücher des Mittelalters, die wir Homeyer verdanken, geben uns freilich wenig Aufschluß für unsere Frage, denn dort handelt es sich fast ausschließlich um Erbe-, Renten-, Pfandbücher u. s. w. Indessen wissen wir ja, daß die Stadtgerichte ihre Protocolle führten, und um diese handelt es sich hier fast allein. Daneben kommen allerdings auf gleicher Linie in Betracht Stadtschuldbücher, wie sie in Hamburg, Lübeck u. s. w. bestanden, und von denen uns Pauli (Abhandl. aus dem lüb. R. bes. III, S. 201 ff. I, S. 7, Vorrede S. V) und Frensdorff (Stadt- und Gerichtsverf. Lübecks, S. 185 f.) das Nöthige berichtet haben. Derartige Einrichtungen, mögen sie nun vom Rath in der Gestalt besonderer Schuldbücher oder vom Gericht in der Form von Protocollen mit vermischtem Inhalt, wie wir sie zu Basel gefunden haben, geführt worden sein, machten vorerst jenes ursprünglichere, aber auch umständlichere Mittel, das Gerichtszeugniß zu ersetzen, die Aufstellung besondrer Urkundspersonen nämlich, entbehrlich. Seitdem ein wohleingerichtetes Buch solcher Art und namentlich auch ein ständiger Buchführer dafür existierte, konnte man zu jeder Tagesstunde dieses Buch benutzen, und da es ungleich mehr Sicherheit gewährte als jene „Genannten" oder Rathmänner u. s. w., durch deren Tod ja auch alle Liquidität der Schuld verloren gehen konnte, so ist es begreiflich, daß diese Bücher immer mehr für die Eintragung von Schulden benutzt wurden. So concentrierte sich mehr und mehr auf sie Alles, was mit den Bestrebungen, liquiden Forderungen sofortige Execution zukommen zu lassen, zusammenhieng. Hinwiederum waren gerade diese Bücher besonders geeignet, einen festen Anhaltspunct für solche Tendenz zu gewähren. In erster Linie und vorzugsweise waren sie ja zur Aufnahme der Urtheile bestimmt, die das

Gericht erließ. Wie von selbst bot sich da der Gedanke dar, auch andere Einträge den Urtheilen gleich zu halten und Allem, was Aufnahme in das Gerichtsbuch gefunden hatte, gleiche Kraft zu geben wie den Urtheilen. Schon auf diesem Wege mußte man dem Grundsatze nahe kommen, alle in das Gerichtsbuch eingetragenen Schuldbekenntnisse eben dieser ihrer Eintragung wegen der gleichen Exequierbarkeit wie die förmlichen Urtheile fähig und theilhaftig zu machen. Von noch größerem Gewichte aber war die bei Uebertragung von Grundstücken, Constituierung von Renten u. dgl. bisher geübte Praxis. Daß Rechtsgeschäfte über Liegenschaften, um dinglichen Effect zu erlangen, vor Rath, resp. Gericht vollzogen wurden, war allgemein; ebenso bekannt ist, daß die betreffende Behörde sich dabei nicht rein passiv verhielt wie meistens die Fertigungsbehörden unsrer Tage, sondern durch einen förmlichen Rechtsact ihrerseits in die Handlung eingriff: die Bestätigung, das Friedewirken, Aussprechen des Bannes u. s. f. Diese Handlung des Richters wurde aber jederzeit als ein Urtheil aufgefaßt: bannum super reditibus sine impedimento cuiuslibet hominis rite et racionabiliter conquisivit, et super eisdem a nobis confirmatus extitit per sentencias iudiciarias, prout Maguntie consuetudinis est et iuris, heißt es in Mainzer Urkunden des 13. und 14. Jahrhunderts regelmäßig[36]), er vertigot im düselben hüser und disen kof mit aller der sicherheit und der gewarsami so von rechte oder von gewonheit der stat von Basil dar zu horte, alse da in gerichte mit rechter vrteilde erteilet wart von allen die da warent, ist die stehende Formel der Basler Schultheißenurkunden über Liegenschaftskäufe. Im Verlaufe der Zeit wurde allen diesen Rechtsgeschäften über Immobilien das Stadtbuch geöffnet, das für die Fertigung von Liegenschaften gebräuchliche Gerichtsverfahren wurde mehr und mehr vereinfacht, entsprechend dem Bedürfnisse des beweglicher gewordenen Verkehrs, die Auflassungen vor gesessenem Gericht wurden ersetzt durch die Eintragungen in das Stadtbuch in Gegenwart weniger Gerichtsbeamter oder gar nur des betreffenden Schreibers, aber der Fertigung selbst blieb die alte Bedeutung eines gerichtlichen Acts, einer durch richterliches Urtheil bestätigten und gesicherten Handlung.

---

[36]) Gudenus, codex diplom. II, p. 451 ss.

Dieser Entwicklungsgang der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Rechtsgeschäften über Immobilien konnte nicht ohne Einfluß bleiben auf die analoge Thätigkeit des Gerichtsschreibers, resp. Stadtbuchbeamten bei einfachen Schuldverhältnissen. Als man anfieng, das Gerichts- oder Stadtbuch auch für Schuldbekenntnisse zu verwenden, mochte der regelmäßige Fall noch der sein, daß das Bekenntniß vor gesessenem Gericht abgelegt und dann sofort eingetragen wurde. Es schloß sich diese Form ja ohnedies an den alten Gebrauch an, durch Abschließung von Verträgen vor Gericht das Gerichtszeugniß sich zu sichern. Ein förmliches Urtheil der Schöffen wie für das Friedewirken bei Liegenschaftsübertragungen war dann allerdings nicht gerade nothwendig, indeß erscheint es mir nicht unwahrscheinlich, daß der Vorsitzer des Gerichts auch bei solchen Schuldbekenntnissen, ohne gerade besondre Umfrage zu halten, doch im Allgemeinen fragte, ob kein Bedenken gegen Eintragung des Versprechens in das Gerichtsbuch erhoben werde, und dann den Schuldner für richtige Zahlung zu gehöriger Zeit in das Gelübde nahm, wie ja auch die Quellen nicht blos von einem Verjehen in des Gerichts Buch, sondern auch von einem Verjehen und Geloben in des Richters Hand reden. Wo aber ein Gelübde in die Hand des Richters stattfindet, da fehlt auch nicht eine vorgängige Ermahnung und Aufforderung des Richters zur Haltung des Versprechens, denn ohne solche hat das Gelübde in des R i c h t e r s Hand keinen Sinn. Diese Aufforderung erscheint aber völlig als ein Zahlungsbefehl, und entspricht durchaus der sententia iudiciaria beim Friedewirken über Liegenschaften. Und dieser Charakter einer durch Urtheil festgestellten Verpflichtung blieb den Schuldbekenntnissen auch dann, als man nicht mehr nöthig fand, das Gericht damit zu belästigen, sondern sie einfach dem Gerichtsschreiber zur Erledigung zuwies. Hier wie in so manchen andern Rechtsinstituten zeigt sich die eintretende Verflachung der gerichtlichen Acte durch völlige Loslösung des Inhalts von der Form: die Kraft und Wirkung eines Gerichtsurtheils wird nun für eine Forderung erreicht durch eine Handlung, die gar nicht mehr vor gesessenem Gericht braucht vorgenommen zu werden; die Form, die früher blos als Folge eines Gerichtsspruchs Bedeutung gehabt hatte, erhält nun aus sich selbst dieselbe Kraft.

Hiefür nun einige Belege.

Thomas theilt in seinem Oberhof zu Frankfurt am Main Auszüge aus den Schöffengerichtsprotocollen mit, die für unsre Frage von nicht gemeinem Interesse sind. Wenn wir da z. B. S. 522 lesen: Mergelin et Johannes Weyner confessi sunt Hermano Sprengeler de Colonia XXXII lib. hall. in foro Fridebergensi persolvendos, quod si non faciant, sibi iudicabitur, oder S. 524 und 525 aus einer Anzahl ziemlich gleichlautender Schuldbekenntnisse noch herausgreifen: Domina zu den Erlen et Henricus Wilpernus sub fide fassi sunt Johanni de Warung XXIIII tt. h., VIII tt. h. in XIIII persolvend. et VIII tt. h. in nova missa persolv. et VIII tt. h. in antiquis nundinis persolvend. Si non fecerint, sibi iudicabitur in pignoribus suis, so erinnert das von vorneherein auffallend an die Confessate der Basler Gerichtsprotocolle [37]). Nun wird aber außerdem diesen Frankfurter Confessaten noch oft die Clausel angehängt, es könne die Execution erfolgen gleich als wäre die Schuld mit Recht erklagt. Z. B. S. 531, N°. 49: 1357 fer. VI post Nicolai episc. Item Hans Syde und Gotze von Meydebach, richter, hant bekant XXIII flor. et VII sol. Cunrad von Fulde in der fasten mezse neyst komet zu bezalen. Ob si das nicht entedin, so sal man an Gotze richten glicherwis als ez ircleit were, und globete derselbe Hans Sydèn en trwen dem scholtheiss in sin hand, daz he Gotzen den vorgenanten wolde losen ane eyd vnd ane allen sinen schaden.

S. 522, N°. 5: 1340. Fer. IV ante Palmarum. Wekelchin Heilmann Knappe und Rinbold von Wetflar wullenwyber hant bekant vor dem schultheiss, Conrad Schilher von Wynsheim und sinen erben xliij tt. heller zu gudir rechenunge vier tage nach Fulder merkete nu neyst kompt zu geldene. Indedin si des nit, so sol man Conrad odir sinen erben an jn odir an iren erben richten glichir wis als ob ez an gerichte an in ercleit were ane allen vorzog, etc.

Enthalten diese Schuldbekenntnisse ausdrücklich die executorische Clausel der Gleichstellung mit einem Gerichtsurtheil, so tritt in andern wiederum das praeceptum de solvendo des Richters hervor:

[37]) Man sehe ferner daselbst S. 301 (N°. 8 und 9), 305 (N°. 19), 523 (N°. 12), 524 (N°. 14, 17), 525 (N°. 18—21), 528 (N°. 34), 529 (N°. 42), 530 (N°. 45), 532 (N°. 52).

S. 303, N°. 13: 1354. Fer. IV post Lucie. Heinrich Seltzer hat bekant daz er Tylen Keppler obirste werntlicher Rychter zu Frankfurt sal bewisen eyne ewge Gans alle Jar zu gebin uf drichin Morgin Gartin und sal sin der irste Cyns. Des han unsere herren Heinrich geheizen daz er die bewisunge sal dun in dysen vircehen Nachtin odir Tyle vorgenant sal sie vorbaz uf dem Huse zum Seltzer habin [38]).

Mit dem Frankfurter Rechte können wir auch in Verbindung bringen das Recht der Stadt Oppenheim, die mit Frankfurt als ihrem Oberhof in naher Berührung stand. Das Stadtbuch von Oppenheim kennt ebenfalls eine Verjehung von Schulden in das Gerichtsbuch, diese Verjehung steht rechtlich der Erkoberung von Schuld gleich, d. h. der Ausklagung einer Forderung, und der Gläubiger kann von Verjehung wegen gleich wie von Erkoberung wegen sofort die Rachtung heischen, d. h. die Einweisung in den Pfandbesitz von Vermögensstücken des Schuldners begehren. Bei diesen Verjehungen in das Gerichtsbuch scheint die Clausel erforderlich gewesen zu sein, „ob die bezalung uff das ziel nit geschee, das er (der Gläubiger) dann rachtung heischenn möcht alss vor erkoberte schuld“ [39]).

Ganz Aehnliches ergiebt sich für Lübeck. Das Urkundenbuch der Stadt Lübeck enthält einige wenige Mittheilungen aus dem Niederstadtbuch; desto reichhaltiger sind die von Pauli in dem vierten Band der Abhandlungen aus dem lübischen Rechte (die sog. Wieboldsrenten) und in seinen lübeckischen Zuständen. Ich hebe daraus nur folgende Einträge heraus:

Lübeckische Zustände, S. 221, N°. 93: 1325. Johannes Prosowe et uxor eius tenentur Johanni de Ovesvelde in XIX Mr. et VI den., pro quibus sibi suam hereditatem .... coram consulibus ... impignoraverunt, que omnia si infra hinc et pascha

---

[38]) Möglich freilich, daß hier wirklich Klage erhoben worden war, der Schuldner dann die Forderung zugestanden hatte, und hierauf der Befehl erlassen wird, binnen 14 Tagen zu zahlen, gemäß Art. XLIV der Schöffengerichtsordnung (Thomas, S. 281).

[39]) Die Hauptstellen sind bei Franck, Gesch. der ehemaligen Reichsstadt Oppenheim, S. 197, 210, 211, 215. Ueber die Rachtung ist noch zu vergleichen Frankfurter Reformation von 1509, fol. XLII[a] in fine, Frankf. Ref. von 1578, I, 45, §. 13. Bender, Lehrbuch des Privatrechts der freien Stadt Frankfurt, S. 117, Note 22.

proximum non disbrigaverint, vel si debitum prenotatum non persolverint, idem Johannes de Ovesvelde ea poterit vendere absque ulla prosecucione coram iudicio facienda.

S. 222, N°. 94: 1327. Johannes filius Kunen tenetur Wulfrado Praman in XXV Mr. den. in pascha, pro quibus sibi suos promones ... coram consulibus impignoravit ea condicione ac si essent prosecuti coram iudicio pleno iure.

N°. 95: 1330. Thidericus Abbas tenetur Hermanno de Alen in C et LII Mr. den. in pascha, pro quibus Hermannus habet pignora ... que pignora retinebit tanquam coram iudicio prosecuta.

S. 223, N°. 99: 1343. Notum sit, quod Johannes de Lapide et Hermannus de Cymece constituti coram Cons. taliter concordati, ita quod idem Johannes recognovit se dicto Hinrico esse obligatum in XV Mr. Lub. den. infra duos annos continuos Hermanno persolvendas, pro quibus curiam suam .... coram cons. in XX Mr. impignoravit ..... Et si dictus Johannes duobus annis finitis Hermanno non persolverit, ex tunc ad prefatum Hermannum dicta curia absque iterata actione Johannis predicti debeat pertinere.

1326. Hermannus Lestbernere tenetur Hermanno de Brakele in XVIII Mr. den. Michael. solvendas, pro quibus sibi suam curiam ... impignoravit ... tanquam pignus coram iudicio prosecutum pleno iure .... Actum coram Cons.

Abhandl. aus d. lüb. R. IV, Urk.=B. B. N°. 8: 1326. Johannes Bare tenetur Johanni filio Gerlaci quondam pistoris in XVIII mr. den., pro quibus sibi suam hereditatem cor. Cons.... impignoravit, ... quas si'a festo pasche proxime futuro ultra annum non persolverit, idem Johannes filius Gerlaci dictam hereditatem vendere poterit absque ulla prosecutione coram iudicio facienda.

N°. 18: 1335. Pelegrinus filius Ade tenetur suo genero Hinrico de Wildeshusen in DCCCC mr. den., pro quibus sibi omnes suas hereditates .... coram Cons. impignoravit .... et erunt ista pignora sine omni prosecutione in iudicio facienda tenenda et alienanda.

N°. 22: 1338. Notum sit, quod Johannes Mostin tenetur domine Reymburgi XII mr. II sol. lub. den. et Laurencio, Vernardo de Oldenburg amico, IV mr. .... pro quibus iis suam

dimidietatem hereditatis . . . . cor. Cons. impignoravit. Et predicti creditores possunt istam hereditatis predicte partem vendere . . . quia sic est coram iudicio prosecuta.

N°. 65: 1436 Bartolomei. Conradus Berkhusen cor. libro recognovit, se teneri Hinrico Vledermann, Bertoldo Langen et ipsorum heredibus in XI^c mr. LII mr. et VI sol. lub. super festo Laurencii proxime affuturo expedite persolvendis, pro quibus sibi bona sua mobilia . . . coram libro impignoravit, ... insuper Conradus Berckhusen coram libro arbitratus est, si et in quantum ipse antedictam solucionem sub termino prefato non fecerit, extunc Hinricus Vledermann et Bertoldus Lange prefata bona possunt retinere et habere pro suo prosecuto pignore.

Wenn es hier mehrmals heißt, der Gläubiger könne bei Säumniß des Schuldners die Pfänder verkaufen absque ulla prosecutione coram iudicio facienda, so erinnert das an die bekannte Clausel „mit und ohne Recht", welche von jeher und so auch noch von Ortloff als die eigentliche Pfändungsclausel, somit als der Kern der vertragsmäßig stipulierten Selbsthilfe betrachtet wird, und man möchte daher versucht sein zu behaupten, daß alle diese hier angeführten Stellen gar keinen Bezug auf unsre Untersuchung haben, sondern blos Belege für das Pfändungsrecht seien. Ich glaube aber, man thäte damit unrecht; diese Formel absque ulla prosecutione coram iudicio facienda scheint vielmehr ganz identisch mit den andern: tanquam coram iudicio prosecuta; quia sic est coram iudicio prosecuta u. s. w. und alle wollen nichts anders sagen als: es bedarf keiner neuen Klage (iterata actio in dem Eintrag von 1343) zur Realisation des Pfandrechts, bei Säumniß des Schuldners kann sofort zur Execution geschritten werden, das Schuldbekenntniß coram libro steht einem Urtheil gleich, die Schuld gilt, als wäre sie mit rechtem Urtheil erkannt, und dem Schuldner soll aller Gerichte ausgewartet sein, so daß der Gläubiger sofort Zuschreibung des Immobile zu eigen verlangen kann. Dies ergiebt sich noch aus folgender Betrachtung: die pleno jure coram judicio facta prosecutio bezeichnet den gehörig durchgeführten Einwäldigungsproceß, der sich in bestimmt vorgeschriebenen Fristen vor Gericht abwickelte, in welchen der Gläubiger (Rentner) durch Zeugen das „upbeden" des befronten Erbes, d. h. die Aufforderung an den Schuldner, das Grundstück durch Zahlung zu entsetzen, darthat,

und auf Grund dieses von den Gerichtsvögten beim Rath eingezeugten, gehörig durchgeführten Einwäldigungsprocesses erfolgte erst die förmliche Adjudication und Auflassung der Liegenschaft an den Gläubiger[40]). Jene Clauseln alle haben also nur den Zweck, den Einwäldigungsproceß unnöthig zu machen und den Gläubiger zu berechtigen, gleich die Adjudication durch den Rath zu verlangen.

Nun lassen freilich alle diese Beispiele die Frage noch offen, ob auch bei den in das Niederstadtbuch eingetragenen Schuldbekenntnissen ohne Verpfändung eine ähnliche Clausel üblich gewesen sei, wodurch der Schuldner sich schon zum Voraus als durch Urtheil überwiesen bekannt habe, ob also einfachen Schuldbekenntnissen auch eine executorische Clausel angehängt worden sei, oder ob schon ipso iure den in das Stadtbuch eingetragenen Schuldbekenntnissen der executorische Effect zugestanden habe. Eine directe Antwort hierauf ließe sich nur geben, wenn uns ebenso reichliche Mittheilungen solcher Einträge vorlägen wie die von Pauli zum Belege des Rentenrechts zusammengestellten. Indessen werden wir durch folgende Argumentation der Wahrheit nahe genug kommen: das revidierte lübische Recht, Buch V, tit. 6, §. 2 stellt die Bestimmung auf: Wann Schuldt für dem Rath bekandt oder sonsten vberwiesen, condemniret und zu Buche gebracht wird, darüber wird ferner kein Zeugnuß zugelassen, ... zu erlangung gemeldter Schuldt darff er (der Creditor) das Niedergericht nicht ersuchen, sondern ein Rath sol ihm darüber die hülffe thun u. s. f. Hier ist zweierlei bemerkenswerth: die vor dem Rath in das Niederstadtbuch bekannte Schuld steht gleich einer „überwiesenen und condemnierten", also durch Urtheil festgestellten, und darum braucht auch kein Proceß darüber vor Niedergericht geführt zu werden, sondern der Rath gewährt sofort Execution. Dieser Artikel ist aber, wie schon früher bemerkt, altes Hamburger Recht, und mit diesem schon im 15. Jahrhundert dem lübischen Recht einverleibt worden[41]). Wir haben somit übereinstimmend für Lübeck und Hamburg, und zwar für letzteres schon in dem Stadtrecht von 1270 (VII, 3) die Gleichstellung der in das Stadtbuch eingetragenen Schuldbekenntnisse mit den

---

40) So Pauli, die s. g. Wieboldsrenten, S. 81 ff. und besonders S. 92—95.

41) S. Hach, d. alte lüb. Recht, S. 21 f. 503 (Art. 328).

durch Urtheil constatierten Verpflichtungen und die sofortige Exequierbarkeit derselben durch den Rath, also auch hier nach dem oben Gesagten das Wegfallen des Einwäldigungsprocesses, und die sofortige Einweisung in das Erbe des Schuldners, wie es das Stadtrecht von 1270 ausdrücklich festsetzt. Die Aehnlichkeit dieser Grundsätze mit dem Executivproceß aus guarentigiierten Urkunden hat schon Baumeister[42]) bemerkt, wenn er das Stadtschuldbuch bezeichnet als ein „Rechtsinstitut, welches die gleichzeitig in den italiänischen Städten für denselben Zweck geübte Thätigkeit der Gerichte und Notarien ersetzte", und „als Grundlage einer privilegierten Proceßart für die dort inscribierten persönlichen Forderungen", wobei der Gläubiger befugt ist, „das Grundstück (in das der Rath ihn eingewiesen hat), ohne die sonst erforderlichen Formen und Fristen der Aufbietung abzuwarten, sofort zum Verkauf zu bringen". Und darum braucht man nicht einmal an Einfluß der italiänischen Doctrin zu denken, wenn man im Concept der Hamburger Gerichtsordnung von 1560 liest, Einträge im Stadtbuch hätten Kraft „glickemathe alse off de beklagede dem kleger sine klage thogestan hebde"[43]).

An Lübeck schließt sich nun noch an, was wir von Kiel und dessen Stadtbuch wissen. Lucht[44]) theilt aus letzterm eine Anzahl Schuldbekenntnisse mit, die oft mit der Notiz schließen: hoc constat consulibus. Z. B. Ego Ludico sartor obligatus teneor filie Everhardi craterarii et Thiderico dictus Seumeketel, qui est heres, in 10 marc. den.; hoc constat consulibus. Da der Rath auch Gerichtsbehörde ist, so will dieses hoc constat consulibus nichts Anderes sagen als hoc confirmatum extitit per sententiam judiciariam, das soll fest und stäte bleiben wie ein Urtheil. Andre Schuldbekenntnisse hinwiederum erwähnen eines Handgelübdes des Schuldners (wohl unzweifelhaft in des Richters Hand), z. B. Dominus Thetlevus miles de Cletcampe obligatus tenetur in 7 marc. den. domino Johanni filio domini Hardolfi festo Michaelis sub fide inviolabili persolvendos. Endlich weist auf gleiche Execution solcher Schulden wie in Lübeck, von dem Kiel sein Stadtrecht hatte, folgender Eintrag: Dominus Marquardus de Langidele obligatus tenetur

[42]) Drei Artikel über summarischen Proceß in Hamburg, S. 10—12.
[43]) Baumeister, a. a. O. S. 13.
[44]) Das Kieler Stadtbuch von 1264 – 1289, S. 16 – 38.

domino Bertrammo, civi Hamburger, et domino Godescalco de Dastorpe in 37 vasis cinerum, festo Johannis proximo persolvet; si non fecerit, cum suo predio faciet, sicut civitatis juris nostre est. Item domino Thede in ponte molendini idem Marquardus obligatus tenetur in 12 vasis cinerum eodem festo die Johannis, cum predio, sicut juris nostre civitatis dictaverit, faciet cum predio.

Weniger erfahren wir über Wismar aus Burmeisters Alterthümern des Wismarischen Stadtrechts. Es ist daraus blos so viel ersichtlich, daß in dem dortigen Stadtbuche alle möglichen Arten von Verträgen Aufnahme fanden, bisweilen mit der Formel hoc notum est consulibus (Burmeister, S. 30), analog dem Kieler hoc constat consulibus. Bestimmteres läßt sich aus den dürftig mitgetheilten Mustern von Schuldbekenntnissen nicht ableiten, wenn auch im Allgemeinen die Gleichheit mit der Rechtsübung Lübecks nicht zu bezweifeln sein möchte.

Aus dem Bisherigen geht, glaube ich, zur Genüge hervor, daß das Frankfurter und das Lübecker Recht aus rein deutschen Elementen heraus eine Praxis gebildet hatten, die mit der italiänischen der guarentigiierten Urkunden mehr als blos annähernde Aehnlichkeit hat, und wenn man die Bedeutung bedenkt, die diesen beiden Stadtrechten aus der Stellung der fraglichen Städte als Oberhöfe für weite Rechtskreise zukam, so dürfte schon dieses Resultat als ein nicht geringer Beweis für die Existenz eines Executivprocesses in Deutschland vor der Reception der fremden Rechte gelten. Wir können aber noch weiter gehen. Schon oben ist die Tendenz der Städte, den gerichtlichen Schuldbekenntnissen executorische Wirkung zu verleihen, nachgewiesen worden, ebenso habe ich darauf aufmerksam gemacht, daß die Städte früh den Regungen des Selbstpfändungsrechts in ihren Mauern energisch entgegengetreten sind. Das schon an sich problematische Pfändungsrecht für redliche kuntliche Schuld (problematisch, so lang man es nur aus den Landfrieden und Bundbriefen zu beweisen vermag, welche nun einmal keine Rechtsquellen sind) ist in den Stadtrechten durchaus nicht anerkannt, wie sich aus den zahlreichen Stellen ergiebt, welche immer von „Klage bekanntlicher Schuld halb" sprechen; Sätze wie z. B. der: „Wenn ein Bürger über den andern bekanntlicher richtiger Schulden halben klagt, soll der Schuldner inwendig vierzehn Tagen seine Schul-

den richtig zu machen angehalten werden", sind zu häufig, als daß es noch besondrer Nachweise dafür bedürfte. Wenn wir daher auch in den von städtischen Gerichten ausgestellten Urkunden über Schuldverhältnisse zwischen Bürgern bisweilen die Formel „mit oder ohne Recht" treffen, so ist dieselbe entweder wie oben S. 171 angenommen wurde, ein leerer Schall, oder, was nach der vorstehenden Ausführung vielleicht nun sich empfehlen dürfte, so gemeint gewesen, daß kein Proceß mehr nöthig sei, vielmehr sofortige Execution (versteht sich durch den Richter) erfolgen könne, eine Auslegung, welche später den Processualisten des 16. Jahrhunderts bekanntlich ganz geläufig geworden ist.

Jedesfalls aber dürfte nach dem Bisherigen kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß die confessata der geistlichen Officialgerichte nicht als eine exotische Treibhauspflanze in Deutschland auftraten, sondern auch im deutschen Rechtsleben ihre Analogien und Stützpuncte fanden, ja noch mehr, daß auch das deutsche Schuldrecht des Mittelalters ohne sichtbaren Einfluß der geistlichen Gerichte zu gleichen Principien und ähnlichen Hilfsmitteln gelangte, wie sie in den guarentigiierten Urkunden Italiens ausgebildet waren.

2°. Seit Reception der fremden Rechte.

Man wird mir vielleicht zugeben, daß in der That schon das deutsche Recht des Mittelalters die nothwendigen Elemente des Executivprocesses in sich getragen habe, dennoch aber an der Ansicht festhalten, daß der heutige Executivproceß durchaus auf romanischer Grundlage beruhe, daß eben doch der italiänische Executivproceß in Deutschland als gemeines Recht recipiert worden sei. Da wird es denn vorerst nicht ganz ohne Interesse sein, nachzusehen, wie sich die wichtigeren deutschen Gesetzgebungen des 16. Jahrhunderts in diesem Puncte verhalten haben. Briegleb hat sie als Zeugnisse für die Reception verwerthen zu dürfen geglaubt, ich möchte sie im Gegentheil lieber auf die altdeutschen Grundsätze zurückführen.

Die Nürnberger Reformation von 1479, tit. 9, Ges. 1 spricht noch ganz in altdeutscher Weise von Bekenntnissen in das Gerichtsbuch am Stadtgericht um Käufe, Schuld u. s. w. vor dem Gerichtsschreiber und zwei Genannten. Ein solches Bekenntniß steht rechtlich auf gleicher Stufe mit einem den Beklagten

verfällenden Urtheil und mit erkannter Vollung, d. h. richterlicher Anerkennung des klägerischen Anspruchs in Folge Contumacia oder Geständniß des Beklagten, und hier wie dort wird sofort zum Zahlungsbefehl, resp. zur Execution geschritten. Man vergleiche noch tit. 5, Ges. 10; tit. 11, Ges. 9. Die Reformation von 1564 tit. 8, Ges. 4 hat dann allerdings diese Sätze modernisiert und auch romanisiert, doch nicht in der Weise, daß man sagen dürfte, der fremde Executivproceß sei eingeführt worden; sie sagt blos: Bekenntnisse über Käufe, Schulden und andre Contracte, vor gesessenem Gericht oder zwei Genannten geschlossen und in das Gerichtsbuch eingetragen, sollen für kräftig gehalten und in Gericht für eine genugsame Beweisung angenommen werden, es wäre denn, daß der andre Theil dagegen darthun könnte, daß diese Bekanntniß durch spätere Uebereinkunft aufgehoben oder geändert worden sei. Die Fassung dieses Gesetzes dürfte sogar die Annahme rechtfertigen, daß von sofortigem Executivverfahren im Anschluß an solche gerichtliche Schuldbekenntnisse keine Rede mehr sei, sondern blos ihre besondere Beweiskraft noch hervorgehoben werde. Ich werde noch später darauf zurückkommen.

Die Wormser Reformation von 1498, Buch III, Theil 3, tit. 24 giebt im Grunde auch nur dem altdeutschen Gedanken, daß gegen gerichtliche Schuldbekenntnisse keine Einrede zulässig sei, neuen Ausdruck, wenn sie sagt: „wider offenbar Briefe, der sich beyd teil vor unserem sitzendenn Rate erkennet und umb versiglunng gebetten haben, ... kein außzug statt haben, gehört noch zugelassen soll werdenn", und wenn dann doch ausnahmsweise mehrere Einreden zulässig erklärt werden, die an bekannte exceptiones des römischen Rechts erinnern, so liegt darin, wie wir bald sehen werden, wohl der Beweis, daß diese Milderung der ursprünglichen völligen Ausschließung von Einreden fremdem Einfluß zu verdanken ist, nicht aber der Beweis, daß das Institut der guarentigiierten Urkunden die deutsche Auffassung von der Kraft und executorischen Natur gerichtlicher Schuldbriefe verdrängt und ersetzt hat.

Weiter kommt die Frankfurter Reformation von 1509, welche fol. XVIII[b] unter dem Titel: „de confessis. Von den bekanntnüssen" folgende Bestimmungen enthält:

§. 1. Setzen vnd ordenen wir dz ein ieglicher beclagter, so der selb vor schulteiss vnd schöffen zu gericht sitzende ein

schult oder anders dar durch er verpflicht ist erckentlich sein wirt, sol der selb so solches erkent geacht werden, als ob solchs widder inen mit vrteil erkant were, vnnd dem selben gewonlich dilacion gegeben werden, die in wilkore des richters steen, doch vber die zeit der recht one erkantnüss nit gegeben oder gesetzt sollen werden.

§. 3. Wo aber yemants vor vnserm gerichts schryber schult oder anders erkennen will, dwyl solche bekantnüss bissher one vnderscheit gehalten sein worden, so ordenen wir das solche erkantnissen gezogen vnd limitirt sollen werden vff hundert gülden, darunder vnnd nit darüber, doch das dar bey alle zyt zum minsten zwen zügen sein, vnd dar zu genommen sollen werden.

§. 5. Wo aber vber solch erkantnüss der Summen hundert gülden vbertretten würden, so sollen solche erkentnüss gescheen vor zweyen schöffen vnnd dem gerichtschryber mit ussgedruckten vrsachen wie oblut, vnnd sollen alssdann solche erkantnüss geacht werdenn, als ob die vor Schultes vnd Schöffen gerichtlich gescheen weren.

Der §. 1 spricht nur von Geständniß des Beklagten, also Anerkennung einer eingeklagten Forderung, offenbar aber ist im Weitern dann der Gedanke der, daß Schuldbekenntnisse vor Gerichtsschreiber und zwei Zeugen, resp. zwei Schöffen die gleiche Kraft und Wirkung haben sollen wie solche Geständnisse im streitigen Recht. Und wenn nun gesagt wird, daß solche Bekenntnisse geachtet werden sollen gleich als wäre solches mit Urtheil erkannt, so führt uns das einfach zurück auf die alte, oben nachgewiesene Frankfurter Praxis, welche die Confessate behandelte glicher wis als ob es an gerichte irgleit were. Und so dürfte es auch richtiger erscheinen, die sichtlich nur dieser Reformation entlehnten Bestimmungen der Untergerichtsordnung des Erzstifts Mainz von 1534 und der Untergerichtsordnung des Erzstifts Trier von 1537 auf dieselbe Grundlage zurückzuführen, und nicht mit Briegleb (S. 221) eine Nachahmung ausländischer Praxis wie etwa des Stadtrechts von Padua anzunehmen.

Von diesem Standpuncte hat sich auch die Fichardische Reformation von 1578 nicht entfernt, indem sie in tit. 29, §. 1 fast wörtlich die Bestimmung der Reformation von 1509 in Bezug auf die Bekenntnisse vor sitzendem Gericht wiederholt, und sogar beifügt, daß ein solches Bekenntniß nicht nur die stärkste

Beweisung, sondern eine Enthebung der Beweisung sei, in tit. 30 sodann die vor Notarien und Zeugen oder vor dem Bürgermeister in das Bürgermeisterbuch oder vor dem Gerichtsschreiber in das Confeßbuch geschehenen Bekenntnisse den gerichtlichen gleichstellt, und in tit. 31 nur gegen Schuldbücher und Schuldregister der Kaufleute und Handwerker, Zedel, Kerfhölzer u. s. w. Einreden des Beklagten zuläßt. Die Reformation von 1611 hat hieran nichts geändert.

Damit stimmt auch die bekanntlich ebenfalls von Fichard herrührende Gerichtsordnung der Grafschaft Solms von 1571 in Thl. I, tit. 25 und 26 überein.

Weiter gelangen wir zu dem Freiburger Stadtrecht von 1520; dieses bestimmt fol. XXIX^{b}, daß bekanntliche Schulden, da sie mit den geurtheilten Schulden des Angriffs halb nicht ungleich seien, sie mögen verbriefst sein oder nicht, sofortiger Execution unterliegen sollen, und diese Execution nicht durch Appellation könne aufgehalten werden (fol. XXIV^{b}). Auch das berechtigt nach dem Bisherigen weiter nicht zur Annahme des Einflusses ausländischen Rechts.

Daß das revidierte Lübecker und Hamburger Recht in dieser Lehre bei der Weiterbildung des alten Rechts stehen geblieben sind, glaube ich schon oben nachgewiesen zu haben. Ueberhaupt zeigt sich aber nun, daß in den norddeutschen Städten der Gebrauch von Stadtschuldbüchern allgemein war, und eben die darein eingetragenen Schuldbekenntnisse gemäß altdeutschem Grundsatz den Urtheilen gleich geachtet waren. Die betreffenden Stadtrechte des 16. und 17. Jahrhunderts enthalten in dieser Beziehung nichts, was nicht schon dem Stadtrecht des 13. und 14. Jahrhunderts hätte eigen sein können und vielleicht auch in der That schon damals Rechtens gewesen ist. Man vergleiche z. B. mit der nachgewiesenen uralten Praxis zu Lübeck das Stadtrecht von Lauenburg bei Pufendorf (obs. iur. III, app. p. 300), das in Theil I, Art. 10 von Stadt- und Gerichtsbüchern spricht: „was in diesen beyden Büchern mit Consens des Gerichts geschrieben, soll pro re iudicata geachtet werden". Ferner die Niedergerichtsordnung der Stadt Lüneburg (ebenda, p. 358), die auch in den Ausdrücken am deutlichsten den Zusammenhang mit dem alten Recht zeigt, indem sie die übliche vierzehntägige Zahlungsfrist in Folge Urtheils oder confessio in iure auch auf

den Fall anwendet, wo durch eine in das Gerichtsbuch verzeichnete Willkür der Schuldner selbst „auf eine Auspfandung gewillkürt" hat.

Besonders ist aber auch in viele norddeutsche Stadt- und Landrechte, wie bekannt, die betreffende Bestimmung der kursächsischen Landesordnung von 1555 aufgenommen worden, und es ist daher wichtig, diese näher zu prüfen und zu sehen, auf was für einem Grunde sie beruht. Sie bestimmt: Gegen öffentliche, unläugbare und unverfälschte Brief und Siegel soll keine andere Exception oder Ausflucht zugelassen werden als die der schon erfolgten Bezahlung; vielmehr soll dem Producenten des Briefs schleunig zu seiner Sache verholfen werden, vorbehalten dem Schuldner, das indebite Gezahlte zurückzufordern. Man kann doch kaum sagen, daß das in dieser Bestimmung Enthaltene mit Nothwendigkeit auf fremden Ursprung müsse zurückgeführt werden; vielmehr muß man zugeben, daß diese Wirkung von unläugbarem Brief und Siegel schon aus den gegebenen deutschen Verhältnissen und Rechtsanschauungen deduciert werden konnte. Nun ist es immerhin auffallend, daß Matthias Coler in seinem Buch über den Executivproceß der Ansicht den Vorzug giebt, es habe jene sächsische Verordnung mit den instrumenta guarentigiata Toscana's nichts zu schaffen und sie beruhe auf longaeva consuetudo. Wenn sich Briegleb (S. 237) dies so erklärt, daß die deutsche Rechtsgelehrsamkeit schon früh auf Abwege gerathen sei und die wahre Herkunft sowie das wirkliche Wesen des Executivprocesses übersehen habe, obschon sich einzelne Zeugnisse darüber nicht hätten ignorieren lassen, so dürfte dies doch schwerlich befriedigen. Immer bleibt die Frage: Wie kommt Coler, der den Baldus und Rebuffus bei jeder Gelegenheit citiert, der offenbar ganz genaue Kenntniß von dem fremden Executivproceß hatte, dazu, so beharrlich den deutschen Ursprung seiner sächsischen Constitutionen zu behaupten? Er giebt uns, wie mir scheint, genügenden Aufschluß darüber, namentlich in einer Stelle (Pars III, c. II, num. 9), wo er die debita confessata in judicio vel coram judice und die scripturae privatae in judicio recognitae im Effect gleichstellt (cum instrumenta recognita parem effectum cum confessione debiti judicialiter facta operentur), in Verbindung mit P. III, c. VI, n. 7, wo er sagt, daß die den geständigen oder verurtheilten Schuldnern gewährte Zahlungsfrist

nach sächsischem Recht vierzehn Tage sei (in his provinciis dilatio, quae datur judicatis, item confessis vel convictis de debito per instrumentum executivum, restringitur per jus nostrum Saxonicum ad unam quindenam). Hiemit ist nur der altdeutsche Satz reproduciert, daß der auf Zahlung belangte und geständige Schuldner vom Richter angehalten wird, innert der nächsten vierzehn Tage zu bezahlen, und daß dem im streitigen Recht abgelegten Geständniß gleich steht die bei Begründung des Schuldverhältnisses vor Gericht abgegebene und in öffentlicher Urkunde verbriefte confessio. Wenn daher Coler (P. I, c. III, n. 57) die Verordnung von 1555 so erklärt, daß instrumenta publica, vel privata roborata sigillo debitoris et recognita, hoc est non negata, sed confessata per debitorem, habeant executionem paratam, so führt uns das zurück auf Sätze, wie wir sie oben schon z. B. in dem Rechtsbuch nach Distinctionen Buch III, c. 11 gefunden haben, wo auch von der Beschaffenheit des Briefs die sofortige Exequierbarkeit abhängig gemacht ist. Auch das möchte noch Beachtung verdienen. Coler macht an verschiedenen Stellen (z. B. P. III, c. II, n. 9, P. I, c. III, n. 47) darauf aufmerksam, daß in manchen Städten Deutschlands, die als bedeutende Handelsplätze blühen, wie zu Frankfurt am Main, der Gläubiger gegen den debitor obligatus ex instrumento liquido ohne vorherigen Proceß Execution und Arrestierung begehren könne, und stellt derartige Bestimmungen auf gleiche Linie mit der sächsischen Constitution von 1555 (Eodem modo extant speciales consuetudines in plerisque urbibus Imperii etc.). Er hatte also offenbar genaue Kenntniß von der oben nachgewiesenen altdeutschen Praxis Frankfurts und erkannte die Uebereinstimmung derselben mit der sächsischen. Aus allem dem darf man wohl entnehmen, daß Coler mit weit mehr Bewußtsein und Sachkenntniß, als man gewöhnlich annimmt, den Einfluß der italiänischen Praxis zurückgewiesen und den deutschen Ursprung vertheidigt hat.

Es hätte weiter keinen Zweck, auf die Land- und Stadtrechte des 16. Jahrhunderts näher einzutreten; sie enthalten, insofern sie überhaupt diese Frage behandeln, regelmäßig ähnliche Bestimmungen, wie wir sie schon in den mitgetheilten Beispielen gefunden haben, hauptsächlich den Satz, daß bekanntliche und zugeurtheilte Schulden sofortiger Execution unterliegen, oft mit

Beifügung des altdeutschen vierzehntägigen Termins. Wichtiger erscheint mir die Frage, was für einen Charakter alle diese Bestimmungen tragen.

Da ist nun sehr bemerkenswerth, daß die von unsrem Gegenstande redenden Stellen in der Regel ganz einfach bei dem Urkundenbeweise im Abschnitt von dem gerichtlichen Verfahren untergebracht sind. Kein Gedanke noch an besondere Proceßart im Sinne des spätern italiänischen und des heutigen eigentlichen Executivprocesses, vielmehr ist die leitende Idee die, daß die in das Gerichtsbuch eingetragenen Forderungen für genugsam bewiesen sollen angesehen werden, der Beweis einer Schuld durch das Gerichtsbuch als ein unanfechtbarer zu gelten habe, ja sogar ein solches Bekenntniß eine Enthebung der Beweisung, somit sofort exequierbar sei. Das führt aber in directer Linie zurück auf die schon oben nachgewiesene Tendenz, die öffentlichen Urkunden mit executorischer Natur zu bekleiden, sie den Gerichtsurtheilen gleich zu stellen. Wir sehen in den Landrechten und den Stadtrechtsreformationen des 16. Jahrhunderts das Ziel erreicht, das eine beharrliche und consequente Rechtsentwicklung seit drei Jahrhunderten angestrebt hat. Aus dem einfachen alten Satze: das Gerichtszeugniß geht über den Eid des Beklagten, hat sich allmählig der Satz herausgewickelt: gerichtliche Schuldbekenntnisse stehen Urtheilen gleich. Als Hauptmittel, das man benutzte, um zu diesem Satze zu gelangen, haben wir kennen gelernt die dem Schuldbekenntnisse beigefügte executorische Clausel (tanquam coram iudicio prosecutum pleno iure, als wäre es mit rechter Urtheil ertheilt u. s. f.). Auf diesen Boden also war das deutsche Recht ausschließlich aus sich selbst gelangt, und noch die ersten Gesetzgebungsarbeiten des 16. Jahrhunderts haben ihn meistens nicht überschritten. Nun ist aber auf den ersten Blick ersichtlich, daß die Consequenz des einfachen Satzes: „gerichtliche Schuldbekenntnisse stehen Urtheilen gleich", eine für den Schuldner außerordentlich harte werden konnte. Denn hatte er die Forderung durch Zahlung getilgt, ohne sie im Gerichtsbuch streichen oder sich die öffentliche Urkunde aushändigen zu lassen, so konnte er, wenn der Gläubiger später auf Grund des Gerichtsbuchs oder des Gerichtsbriefs neue Zahlung verlangte, mit keinem Mittel dagegen aufkommen. Das mag nun wohl der alten deutschen Auffassung von der unverbrüchlichen Sicherheit öffent-

licher Briefe und Siegel, dem Glauben an die Wahrheit des verbrieften Worts entsprochen haben, es entsprach aber nicht mehr dem 16. Jahrhundert, das nicht nur in dieser Hinsicht schon stumpfer geworden war, sondern überhaupt die ganze Beweistheorie im Civilproceß und damit auch die Beweiskraft der Urkunden mit andern Augen ansah und auf einen neuen Boden stellte. So erklärt es sich einfach, daß nun bald mehr, bald weniger Einreden gegen öffentliche Briefe zulässig erachtet wurden, wie die Wormser Reformation und die sächsische Constitution von 1555 hiefür Beispiele liefern, es erklärt sich schon aus der ganzen Richtung der Zeit, die das Recht aus seinen alten starren Formen und Grundsätzen zu größerer Beweglichkeit führte, und dies ist hinwiederum in Verbindung zu bringen mit dem Bekanntwerden der fremden Rechte. Wir werden wohl nicht fehl gehen, wenn wir die Zulassung solcher Einreden, resp. der condictio in ordinario dem Einfluß des fremden Rechts zuschreiben.

Damit aber war doch der italiänische Executivproceß in Deutschland noch nicht recipiert, im Gegentheil zeigt gerade die Entwicklung der Verhältnisse im 16. und 17. Jahrhundert, wie weit man noch davon entfernt war. Bei den gerichtlichen Schuldbekenntnissen und den öffentlichen Urkunden, die darüber aufgenommen wurden, fehlte nach alter deutscher Praxis bis tief ins 16. Jahrhundert hinein nie die Executivclausel, welche klar und deutlich aussprach: dieses Bekenntniß steht einem Urtheil gleich, es hat der Schuldner auf alle Hilfe Rechtens verzichtet, Einreden dagegen sind rechtliche Unmöglichkeit. Diese Clauseln sind meiner Meinung nach höchst wesentlich für den Effect der Urkunde gewesen, indem sie der schon öfter hier bemerkten Tendenz, den vor Gericht abgeschlossenen Verträgen sofortige Exequierbarkeit zu verschaffen, erst einen festen Anhaltspunct gaben, ja man kann vielleicht sagen, daß diese Tendenz geradezu erst im Anschluß an solche Clauseln bewußter zu wirken anfieng. Darum ist es ganz richtig, daß man mehr und mehr zu der Anschauung gedrängt wurde: das Recht der paraten Execution werde erworben durch Einverleibung der Executivclausel in die Vertragsurkunde; nur war das nicht, wie Briegleb S. 230 annimmt, bloße Nachahmung des Instituts der guarentigiierten Urkunden, sondern einfache Consequenz deutscher Praxis. Bleibt man aber auf dieser deutschrechtlichen Basis stehen, so erklärt sich auch die

weitere Ausbildung des Instituts, welche Briegleb als bloße Verirrung bezeichnet, sehr leicht, und verschwindet zum guten Theile die Willkürlichkeit, die ihr vorgeworfen wird. Der deutschrechtliche Grundgedanke, von dem unsre ganze Entwicklung anhob, war der: gerichtliches Zeugniß in dieser oder jener Gestalt, später vorzugsweise in der Form einer öffentlichen Urkunde, geht über alle Vertheidigung des Beklagten. Diesen Satz hatte man auf die Spitze zu treiben die Tendenz gehabt dadurch, daß man überhaupt keinerlei Einrede mehr, selbst nicht die der Zahlung, des Erlasses u. s. f., gegen solche Schuldbekenntnisse zulassen wollte, und um dieß zu erreichen, bediente man sich der Executivclauseln, welche noch ausdrücklich den Verzicht auf alle Einreden aussprachen. Mit dem 16. Jahrhundert aber brach sich, wie eben gezeigt, eine Reaction gegen diese harte Tendenz Bahn, und zwar, wie ich annehme, unter dem Einfluß des fremden Rechts, man ließ Einreden bald in größerer, bald in kleinerer Zahl ausdrücklich wieder zu, und damit mußten auch nothwendig jene starren und strengen Executivclauseln ihren Werth verlieren; was sollte nun in einer öffentlichen Urkunde der Verzicht auf die Einrede der Zahlung oder auf die exceptio non numeratae pecuniae u. dgl., wenn das Gesetz (wie die Wormser Reformation, die sächsischen Constitutionen u. s. f.) erklärte: gegen öffentliche Urkunden ist der Auszug der Bezahlung, oder der Auszug, daß die Ursach nit vollzogen sei, u. s. f. statthaft? Durch diese Gesetze verloren eben die bis in das 16. Jahrhundert gäng und gäben Executivclauseln ihren Werth, sie hatten einer Praxis entsprochen, die durch die neue Gesetzgebung durchbrochen und als zu hart verworfen wurde, und mußten daher nun auch ihre Bedeutung verlieren und der milderen Anschauung zum Opfer fallen. Daher tritt nun auch ganz naturgemäß in der deutschen Doctrin des 16. und 17. Jahrhunderts der Gedanke als Fundamentalsatz auf: öffentliche Urkunden haben executorische Wirkung auch ohne eine besondere Executivclausel, sie haben diese Wirkung schon kraft Gesetzes, natürlich unter den durch dasselbe festgestellten Beschränkungen, Executivclauseln sind daher einerseits unnöthig (insofern das Gesetz schon verfügt, was durch sie erreicht werden soll), andrerseits wirkungslos (insoweit sie über das Gesetz hinausgehen). Es kann an dieser richtigen Auffassung nichts ändern, daß dann die meisten Schriftsteller in zu großem

Eifer, diesen Satz allseitig zu begründen, auch nach dem römischen Rechte griffen und das Recht der paraten Execution der öffentlichen Urkunden auch auf dieses zurückzuführen suchten, wie z. B. Mevius den publica instrumenta parate Execution zusprach non modo propter specialia locorum statuta, sed etiam de jure communi. Ebensowenig darf uns der Umstand irre machen, daß die Formelbücher und die Urkunden des 17. Jahrhunderts immer noch unentwegt die alten Executivclauseln reproducieren, man vergleiche z. B. Sattlers Notariat und Formularbuch, Theil II, S. 190 ff. Man thäte sehr unrecht, wenn man diesen Clauseln noch irgend eine practische Nothwendigkeit beilegen wollte, denn die Notariatskunst der damaligen Zeit bewegte sich steif und gedankenlos in dem ausgetretenen Geleise der alten Formeln fort, ohne darnach zu fragen, ob sie noch anwendbar seien, wie denn auch derselbe Sattler ganz zuversichtlich in seinen Formularien Schuldner und Bürgen das Einlager versprechen läßt, obschon er selbst anerkennt, die Reichspoliceiordnung habe solches gänzlich verboten und abgeschafft.

In dieser Zeit erfolgte dann auch die Ausdehnung der paraten Execution von den öffentlichen auf die Privaturkunden. Das deutsche Recht des Mittelalters hatte für die executorische Natur einer Vertragsurkunde noch streng das Requisit der gerichtlichen Abfassung festgehalten, entsprechend dem Grundgedanken, daß eben das gerichtliche Zeugniß eigentlich es sei, was die Schuld unbestreitbar mache, und dieses Gerichtszeugniß eben in der öffentlichen Urkunde fixiert erscheine. Die notarialischen Urkunden boten das Mittelglied, durch welches hindurch man zu der paraten Execution der privaten Vertragsurkunden gelangte. Die privaten Vertragsurkunden des Mittelalters enthalten in der Regel keine Executivclausel, und es erklärt sich dies auch sehr leicht daraus, daß eben solche überhaupt außerhalb des Kreises lagen, in welchem die Tendenz nach parater Execution von Verpflichtungen herrschte, jene Tendenz, die ja dem Grundsatz der durchschlagenden Beweiskraft des gerichtlichen Zeugnisses entsprungen war. Als nun im 16. und 17. Jahrhundert auch Privaturkunden dieses Vorzugs der öffentlichen theilhaftig wurden, hatte die Executivclausel schon ihre Nothwendigkeit verloren, und es war darum keine Veranlassung mehr, sie nunmehr für Privaturkunden zu fordern. Inwiefern aber die Unterwerfung der Privaturkunden

(unter Voraussetzung ihrer Liquidität) unter das Recht der paraten Execution der öffentlichen Urkunden dem Einfluß romanischer Praxis dürfe zugeschrieben werden, ist wohl mit Sicherheit nicht zu entscheiden; so gut als in Italien dieser Schritt sich leicht vollbrachte, sobald das praeceptum guarentigiae nicht mehr gefordert wurde, ebenso gut kann auch in Deutschland ohne fremde Einwirkung die alte Grenze überschritten worden sein, sobald die Executivclausel ihre Bedeutung eingebüßt hatte und damit der Gesichtspunct der vertragsmäßigen Gleichstellung des gerichtlich erklärten Bekenntnisses mit einem Gerichtsurtheil abhanden gekommen war. Wenn die Schriftsteller hie und da dennoch sich auf die italiänische Praxis beriefen und sogar den italiänischen Ausdruck instrumenta guarentigiata brauchten, so darf dieses allein noch nicht als entscheidend betrachtet werden, da der Gebrauch fremder Rechtsausdrücke für analoge deutsche Verhältnisse bei unveränderter Fortdauer der deutschen Rechtsprincipien ganz allgemein war.

Nur in Einem Puncte, glaube ich, muß man den Einfluß des fremden Rechts erblicken und anerkennen, und dieser Punct betrifft das an executorische Urkunden, an offenbare Briefe und Siegel sich anknüpfende Verfahren. Eine consequente Durchführung des altdeutschen Grundgedankens hätte dazu geführt, nicht nur jede Einrede gegen die öffentlichen Urkunden mit Executivclausel, sondern auch jede Rückforderung in einem auf das summarium folgenden ordinarium auszuschließen, und in der That sehen wir die deutschen Rechtsquellen dieses Ziel verfolgen, solang sie von den fremden Rechten noch nicht berührt waren. Dieser Zug findet sich freilich auch in der italiänischen Praxis der ersten Zeit der guarentigiirten Urkunden (Briegleb, S. 84), aber während in Italien schon verhältnißmäßig bald der Gesichtspunct hervortrat, daß nach erfolgter Execution noch über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs könne gestritten werden, vermag dasselbe für Deutschland nicht nachgewiesen zu werden, im Gegentheil noch späte Quellen, wie die Nürnberger Reformation, das Hamburger Stadtrecht von 1497, begnügen sich mit der alten Fassung, daß über die in das Stadt- oder Gerichtsbuch bekannten Schulden kein Zeugniß gehe, daß sie den unumstößlichsten Beweis liefern, und daher sofort und ein für allemal exequierbar seien, u. dgl. Ein besonderes Verfahren, wie wir es jetzt mit der Be-

zeichnung des eigentlichen Executivprocesses als einer summarischen Proceßart kennen, war dem deutschen Recht unbekannt, dieses blieb dabei stehen, Schuldbekenntnisse in das Gerichtsbuch, resp. öffentliche Schuldurkunden mit Executivclausel, den Urtheilen gleich zu halten, und gelangte nicht zu der Unterscheidung von summarium und ordinarium. Wie sehr dieser Gedanke dem deutschen Rechte fremd war, zeigt am besten der Umstand, daß manche Gesetzgebungen in Deutschland sogar die executorische Natur der gerichtlichen Schuldbekenntnisse, resp. der öffentlichen Schuldurkunden gänzlich fallen ließen, sobald sie durch die aus dem fremden Recht herübergekommene laxere Tendenz dazu gedrängt worden waren, Einreden gegen solche Schuldbekenntnisse zuzulassen. Der executorische Character derselben erschien ihnen dadurch vollständig gebrochen, und statt nun mit den Italiänern darauf zu verfallen, solche Einreden im Executionsverfahren nur dann zuzulassen, wenn sie sofort liquid gemacht werden konnten, gaben sie ihren althergebrachten Grundsatz verloren und verzichteten auf jeglichen Executivproceß. Ein Beispiel hiefür giebt die Nürnberger Reformation von 1564, welche mit der Terminologie der alten Reformation auch die executorische Natur der gerichtlichen Schuldbekenntnisse scheint preisgegeben zu haben und dieselben blos als genugsame Beweisung gelten läßt. Noch auffallender dürfte sein, daß in Basel, wo wir doch schon im 15. Jahrhundert die Trennung von summarium und ordinarium gefunden haben, diese Praxis wieder aufgegeben wurde, sobald man sich dazu hatte treiben lassen, Einreden gegen Confessatbriefe zuzulassen. Diese rückgängige Bewegung ist auf ihre Höhe gelangt in der Gerichtsordnung von 1719, welche in Titel XXXII besiegelte Briefe und Urkunden, durch glaubwürdige Notarios oder den Gerichtschreiber ordentlich aufgerichtet und verfertiget, nur unter dem Gesichtspuncte eines vollen Beweises aufführt, im Uebrigen aber alle Einreden dagegen zuläßt selbst ohne das Erforderniß ihrer sofortigen Liquidität, und somit jedes Executionsverfahren auf solche Schuldurkunden fallen gelassen hat, wie denn auch bis auf den heutigen Tag dem Basler Recht der Executivproceß fremd geblieben ist.

Ein solcher Umschlag in das directe Gegentheil mag immerhin in der deutschen Gesetzgebung nicht sehr oft vorgekommen sein, die Regel dürfen wir erblicken in dem Satze der kursächsi-

schen Verordnung von 1555: „doch soll dem Beklagten unbenommen sein, was er folgends nach erlittener Hülffe an dem Kläger wiederumb durch Recht zu haben vermeinet". Und nach dem eben Gesagten ist diese Zulassung der condictio im Ordinarium und nicht minder die schrittweise überhand nehmende Ermöglichung von Einreden gänzlich die Wirkung der italiänischen Doctrin, die um so leichter hier Eingang fand, als das deutsche Proceßrecht überhaupt dem römisch-canonischen unterlag. Zu diesem Ergebniß führt auch folgende Betrachtung: das Bestreben der altdeutschen Praxis, namentlich der Stadtgerichte, war darauf gerichtet gewesen, gerade die gegen ein gerichtliches Schuldbekenntniß noch am ehesten zulässige Einrede, die der Zahlung, unmöglich zu machen, Beweis dafür hauptsächlich das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht; unter den allerersten Einreden aber, die in den deutschen Gesetzgebungen wieder gegen die öffentlichen Briefe und Siegel zugelassen wurden, sehen wir gerade die der Zahlung aufgenommen, wie z. B. in der Wormser Reformation von 1498. Dieses der deutschen Entwicklung zuwiderlaufende Element ist schwerlich in Deutschland selbst gewachsen, sondern von auswärts herübergenommen worden.

Als Ergebniß stellt sich daher der Satz dar, daß allerdings das, was wir jetzt gewöhnlich mit dem Worte Executivproceß bezeichnen, d. h. das eine besondere, summarische Proceßart ausmachende Verfahren auf Grund eines executorischen Titels, fremden Ursprungs, und zwar unzweifelhaft in Folge einer Reception der italiänischen Doctrin in Deutschland gleichzeitig mit der Umgestaltung des deutschen Processes durch den fremden heimisch geworden ist, daß dagegen die Hauptsache, die materielle Grundlage eines solchen Verfahrens, nämlich die executorischen Schuldurkunden in der Art der instrumenta guarentigiata, und wie diese auf gerichtliches Geständniß und richterliches praeceptum basiert, schon vor dem Bekanntwerden des fremden Rechts in Deutschland aus urdeutschen Verhältnissen und Anschauungen heraus erwachsen und erstarkt sind. Man geht daher wohl weiter als nöthig ist, wenn man, jedesfalls der Rechtssprache des 16. Jahrhunderts zuwider, auch diese letztere Seite des Verhältnisses auf fremdes Recht zurückführt. Denn die äußerliche Uebereinstimmung ist kein Beweis mehr dafür, sobald man weiß, daß das Gleiche schon seit Jahrhunderten in Deutschland gegolten

hat, und der natürliche Gang der Sache ist doch gewiß der, daß man das angeborne Recht behält, wo das fremde nichts Anderes bietet, und nicht aus bloser Liebhaberei das Eigene durch das ganz gleiche Fremde, das deutsche gerichtliche Schuldbekenntniß durch das italiänische instrumentum guarentigiatum ersetzt. Gewiß mit Recht darf man hiebei die Rechtssprache (nicht der Doctrin, sondern) der Gesetzgebung des 16. Jahrhunderts betonen; sie ist ein oft, wenn auch nicht immer fast untrügliches Merkmal für den einheimischen oder fremden Ursprung eines Rechtssatzes [45]). Nun, die Gesetze, welche Einreden gegen offenbare Briefe und Siegel einführen, bezeichnen diese Einreden mit Ausdrücken, denen man gleich ansieht, daß sie blos Uebersetzungen römischer Terminologie sind; dagegen wie sprechen sie von den executorischen Urkunden? Immer unter den gleichen Ausdrücken, wie wir sie schon in den Goslarer Statuten und den Distinctionen u. s. f. treffen. Und doch, wie nahe hätte es gelegen, das romanische instrumentum guarentigiatum auch unter neuem deutschen Namen oder mit dem durch die Officialgerichte bekannt gewordenen Ausdruck „confessatum“ in die deutsche Gesetzgebung einzuführen, statt den althergebrachten deutschen Ausdruck Brief und Siegel fernerhin anzuwenden! Ja wie unumgänglich nöthig wäre es gewesen, das fremde Institut auch gleich bei seiner Reception mit neuem deutschen Namen oder der Bezeichnung Confessatbrief zu bekleiden, statt es unter die nur zu Verwechslung und Irrthum Anlaß gebende Rubrik von Brief und Siegel zu stecken! Daß dies nicht geschehen ist, schon das beweist, daß nach dieser Seite keine Reception erfolgt ist.

Resultat.

Zum Schlusse fasse ich das Ergebniß meiner Abhandlung in folgende Sätze zusammen:

---

[45]) Wenigstens in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts. Es ist auffallend, wie sehr sich in dieser Zeit der Gesetzesstyl noch an die alte deutsche Ausdrucksweise anschließt und fremde Bezeichnungen nur da verwendet, wo sie wirklich passen, resp. Verhältnisse bezeichnen sollen, die wirklich auf fremdes Recht basiert sind. Erst seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts kommt unter dem Einfluß der Gelehrten auch in der Gesetzgebung die Sucht auf, Allem einen römischen Namen anzuhenken, selbst wo er nicht paßt oder nicht nöthig ist.

1°. Die geistlichen Gerichte in Deutschland haben schon seit dem 13. Jahrhundert Confessatbriefe nach dem Muster der italiänischen instrumenta guarentigiata gekannt und für alle möglichen Verträge ausgefertigt.

2°. Diese Confessatbriefe der geistlichen Gerichte sind an den Orten, wo diese Gerichte ihren Sitz und Wirkungskreis hatten, auch in die Praxis der weltlichen Gerichte übergegangen nebst dem durch die italiänische Doctrin und Praxis hiefür ausgebildeten Executionsverfahren.

3°. Ganz unabhängig hievon bot schon das altdeutsche Recht in dem Institut der Schuldbekenntnisse in die Gerichtsbücher, das sich im Anschluß an die von jeher dem Gerichtszeugniß beigelegte Beweiskraft gebildet hat, das Element zu selbständiger Ausbildung der executorischen Natur der vor Gericht eingegangenen und entweder im Gerichtsbuch aufgezeichneten oder durch öffentliche Urkunde verbrieften Schuldbekenntnisse.

4°. Der executorische Character dieser Schuldbekenntnisse wurde namentlich erreicht durch die Executivclausel, welche das Bekenntniß auf gleiche Linie mit einem Gerichtsurtheil stellte.

5°. Diese Schuldurkunden wurden in ihrem äußern und innern Bestande nicht geändert durch das Bekanntwerden der fremden Rechte in Deutschland, somit nicht verdrängt und ersetzt durch die guarentigiierten Urkunden Italiens, weil hiezu gar keine Veranlassung und kein Bedürfniß bestand.

6°. Dagegen wurde allerdings die italiänische Doctrin maßgebend für die Zulassung von Einreden gegen solche Schuldurkunden, für die Gestattung einer Nachklage, somit für Ausbildung der Trennung von summarium und ordinarium, und also für die Neugestaltung des auf Grund solcher Schuldurkunden zu erhebenden Verfahrens. Das, was wir jetzt im eigentlichen Sinne Executivproceß nennen und als eine besondere summarische Proceßart aufführen, ist fremden Ursprungs. Er ist aber nicht mit den instrumenta guarentigiata in Deutschland heimisch geworden, sondern für sich allein an die im deutschen Rechtsleben entstandenen Schuldurkunden angeschlossen worden.

Nachtrag. Vorliegende Abhandlung lag zur Absendung bereit, als mir L. v. Bars Schrift über das Beweisurtheil des

germanischen Processes zu Gesicht kam, welche insbesondre auf S. 255—283 vom Ursprung und Wesen des Executivprocesses handelt. Es freut mich, die zwei Grundgedanken meiner Abhandlung auch in diesem Buche ausgesprochen zu finden, insbesondre in den zwei Sätzen auf S. 260: „Der Executivproceß ist nichts Anderes als der germanische Schuldproceß mit dem Beweise durch Gerichtszeugniß und Urkunden", und: „ein besonderer Executivproceß konnte in Deutschland erst aufkommen, als der alte Proceß durch den römisch-canonischen Proceß verdrängt war". Immerhin sind beide Untersuchungen unter verschiedenen Gesichtspuncten geführt, und in der Hauptsache auf verschiedene Perioden der Rechtsgeschichte und verschiedene Momente der Rechtsentwicklung gerichtet, so daß vielleicht auch diese Abhandlung immer noch einiges Interesse finden kann.

Den 16. März 1866.

Folgende Druckfehler sind mir aufgefallen:

Auf S. 152 Z. 4 v. o. Verzichten statt Vergichten.
Auf S. 157 Z. 13 v. o. 1497 statt 1479.

Zur Literaturgeschichte des Civilprozesses.

Von

Herrn Professor D. Theodor Muther in Rostock.

1) Walther, O. A., Kreisgerichtsrath zu Sondershausen, Die Literatur des gemeinen, ordentlichen Civil-Processes und seine Bearbeiter bis auf die Zeiten des jüngsten Reichsabschieds. Ein Beitrag zur Culturgeschichte des gemeinen deutschen Civil-Processes überhaupt. Auf Grundlage selbstständiger (sic) Forschung bearbeitet von etc. Mit einem Autoren-Register. Nordhausen. Ferd. Förstemann's Verlag. 1865. XIV u. 81 pp. gr. 8.

2) de Wal, Dr. J., ord. Prof. der Rechte in Leyden, Beiträge zur Literatur-Geschichte des Civil-Prozesses. Aus den „Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving" übersetzt. Mit Zusätzen des Vfs. und einem Vorworte herausgegeben von Dr. R. Stintzing. Erlangen. Verlag von Andr. Deichert. 1866. VI u. 98 pp. 8.

Der Vf. von No. 1 versichert im „Vorwort": „daß das lebende juristische Publicum im Allgemeinen — besonders was die Zeit hinter der Schwelle des 18. Jahrhunderts anlangt — im Zustande einer höchst dürftigen Kenntniß der Civilprozeß-Literatur sich befinde." Zu meinem lebhaften Bedauern bin ich nicht im Stande, dieser Behauptung zu widersprechen. Ja ich muß gestehen, daß der erste Blick auf den Titel der Walther'schen Schrift ein wohlthuendes Gefühl in mir hervorrief, ein

Gefühl der Befriedigung, daß der Gegenstand, mit welchem ich mich lange andauernd und mit Eifer beschäftigt, auch das Interesse eines Anderen erweckt und endlich einer eingehenden Bearbeitung sich zu erfreuen gehabt habe.

Allein schon die Lektüre des vollständigen Titels des Walther'schen Buchs verringerte mein Vergnügen und, als ich „Vorwort", sowie einen Theil des Inhaltes gelesen hatte, konnte ich mich des Bedauerns nicht erwehren, daß ein wolmeinender und fleißiger Dilettant gerade an diesem Gegenstand sich hatte versuchen müssen.

Wolmeinend ist Walther, denn er sucht nach Kräften der Warheit auf den Grund zu kommen, fleißig ist er, das beweist jede Seite seines Buches, Dilettant aber bleibt er die Literaturwissenschaft anlangend trotzdem, denn er befindet sich weder in dem Besitz des nothwendigsten Handwerkszeuges, d. h. des nothwendigen literarischen Apparates, noch hat er sich die Fertigkeit angeeignet, dasselbe schulgemäß — wenn man diesen Ausdruck nicht mißverstehen will — zu benutzen.

Als ich diese Ueberzeugung erlangt hatte, beschloß ich, die Walther'sche Schrift zu ignoriren, meinend, es würden Andere eben so urtheilen, wie ich, und man werde über dieselbe einfach zur Tagesordnung übergehen. Allein bald zeigte sich, daß ich hierin irrte. Ein bekannter Bibliograph, Petzhold, lobte das Werk, auch anderwärts — z. B. in den Glaser'schen Jahrbüchern — erschienen lobende Recensionen, überall wurde der Vf. ermuntert, den betretenen Weg fortzusetzen. Nur das „Literarische Centralblatt" brachte aus sachkundiger Feder eine vernichtende Beurteilung.

Während ich nunmehr zweifelhaft wurde, ob ich nicht auch meinerseits die Pflicht habe, auf die großen Mängel und unerhörten Fehler der Walther'schen Schrift hinzuweisen, erhielt ich von befreundeter Seite die Nachricht, daß ein Holländischer Gelehrter dasjenige in gründlicher und eingehender Weise ausgeführt habe, was ich, daß es geschehe, für wünschenswerth halten mußte.

In den Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving, Deel XV, Stuck 4, bl. 576 war ein Aufsatz erschienen unter dem Titel: Opmerkingen betreffende de literatuur van het Procesregt in burgerlijke zaken vóór het

midden der zeventiende eeuw. Naar aanleiding van Walther's werk: „Die Literatur des gemeinen, ordentlichen Civil-Prozesses und seine Bearbeiter", door Mr. J. de Wal, Hoogleeraar te Leiden".

Mit großer Befriedigung und reichem Gewinn für mein Wissen studirte ich diese Arbeit und freue mich, daß dieselbe nunmehr durch Stintzing's Vermittlung dem deutschen Publicum als selbständige Schrift unter dem oben sub 2 abgedruckten Titel vorliegt.

Auf diese vortreffliche Arbeit die Leser dieser Zeitschrift hinzuweisen, mochte ich mir nicht versagen, dabei konnte aber eine nochmalige Besprechung des Walther'schen Werks nicht füglich umgangen werden.

Ich referire zunächst über den Eingang von No. 2.

de Wal geht aus von dem, was Stobbe, Geschichte der Rechtsquellen II. 77 u. 256, über den Mangel einer Literaturgeschichte des Prozesses ausführt. „Man möchte fast auf die Vermuthung gerathen, Stobbe's Worte hätten den Kreisgerichtsrath Walther zur Abfassung seines Werkes veranlaßt, überzeugte man sich nur nicht schon bei der ersten flüchtigen Durchlesung, daß er von dem Erscheinen des Stobbe'schen Buches keine Kunde gehabt". Daß Walther mit „den Zeiten des J. R. A." abschließt, findet de Wal gerechtfertigt. Dagegen tadelt er die Periodisirung: „bis zum Schlusse des Mittelalters (1492)" und: „Vom Schlusse des Mittelalters an". Die natürliche Grenze wäre, nach de Wal, die Errichtung des Reichskammergerichts.

Wenn Walther, die Begrenzung seines Stoffes anlangend, sich auf den gem. deutschen Civilprozeß beschränkt, so ist an das, was Stobbe (II. 256) über die Wichtigkeit der Particularrechte gerade für die Geschichte des Prozesses ausführt, zu erinnern. Ein Zusammenschmelzen der Quellen mit der Literatur aber, wie es Walther nicht selten sich erlaubt hat, ist durchaus unzulässig.

Nunmehr geht de Wal darauf über, Walther sein Dilettantenthum nachzuweisen. Es wird dargethan, wie in einer angestrebten haarspaltenden Genauigkeit bezüglich der Namensschreibung und Angabe von Jahreszahlen sich oftmals gerade Unwissenheit zeigt. Ferner wird Walther's literarischer Apparat geprüft. „Hier verräth sich die geringe Befähigung Wal-

ther's auf eine augenfällige Weise. In der ersten Periode ist natürlich v. Savigny der Führer, dem er gefolgt ist. Schon bei §. 1 erklärt er: „„Zweite Ausgabe. Heidelb. 1834, nach der ich nun stets citire"". Sollte man glauben, daß im ganzen Buche durchgängig die erste Ausgabe citirt wird? Und daß von allen den Zusätzen, die die zweite Ausgabe bereichern, keiner verwerthet ist?" Für die zweite Periode folgt Walther Jöcher und König; zuverlässigere Gewährsmänner, wie Jugler, die Schriftsteller über die Literatur einzelner Landesstriche, die Geschichtsschreiber einzelner Universitäten, sogar hervorragende Monographieen über wichtige Schriftsteller kennt er nicht. Seine Auswahl derer, die er als Prozeßschriftsteller behandelt, ist höchst willkührlich. Einige Schriftsteller über Particularprozeß, oder über den Reichsgerichtsprozeß werden genannt, andere nicht, mehrere Autoren de actionibus werden ausführlich behandelt, andere mit Stillschweigen übergangen. Am Schlimmsten aber steht es um die Verfasser von Consilia und mit den Sammlungen von Decisiones.

de Wal nimmt hier Gelegenheit, auf die große Wichtigkeit dieses Literaturzweigs für die Geschichte der Wissenschaft hinzuweisen. „In vielen dieser Sammlungen trifft man wider Erwarten Consilia von Rechtsgelehrten an, die allein als Lehrer, nicht als Autoren bekannt sind. Für die „„Literaturgeschichte"" wäre es ein in jeder Beziehung nützliches Werk, aus allen den großen Sammlungen zu ermitteln, was von jedem Autor herrührt." Diese Ausführung illustrirt de Wal mit einem interessanten Beispiel aus Henning Göde's Consilia, welches man in der Schrift selbst (S. 9) nachlesen mag. Ich will anstatt dessen ein Exempel aus meinem Vorrath mittheilen, welches nicht minder die Wahrheit und das Treffende der de Wal'schen Bemerkung in's Licht stellt.

Niemand, der nicht den Namen des Kursächsischen Kanzlers Christian Bayer gehört hätte. Er war es, der 1530 das deutsche Exemplar der Confessio Augustana mit so fester und lauter Stimme vor den Ständen des Reiches verlas, daß jedes Wort auch im Hofe unter dem Sitzungssaale verstehbar war (Corp. Ref. II. 154). Das wird in jeder Reformationsgeschichte erzählt. Weniger bekannt sind die Lebensumstände des Staatsmannes. Ich theile daher einige Data zu seiner Biographie mit.

1503. Sommer: „Christannus bauari de lanckhem" wird in Wittenberg immatrikulirt (Album acad. Viteb. ed. Foerstemann p. 8)[1]).

1507. Christian Bayer kommt in dem gedruckten Lectionscatalog der Universität Wittenberg aus diesem Jahr unter den Artisten vor.

1511. Christianus Bayoarius I. V. D. wird als recipirtes Mitglied der Juristenfakultät Wittenberg verzeichnet (handschriftl. Decanatsbuch).

1512. Nach Abgang Christoph Scheurl's erhält Chr. Bayer lectionem in ff. nouo und das Beisitzen im Oberhofgericht mit 80 Fl. Besoldung (Weimarer Communalarchiv R. O. Lit. qq, fol. 111—114).

1512 (Winter). 1519 (Sommer). 1522. 1527 ist Bayer Dekan der Juristenfakultät (Dekanatsbuch).

? Bayer wird Bürgermeister in Wittenberg (Seckendorff, Comm. de Luth. I §. 130. 1 u. Add. I).

1528 (Dec. ?). Bayer übernimmt an Stelle des damals erkrankten D. Gregor Brück das Kanzleramt bei Kurfürst Johann[2]).

1529. 16. Oct. wird Christannus Bayer, filius cancellarii Principis Electoris Saxoniae in Wittenberg immatrikulirt.

1530. Bayer in Augsburg.

1532. Bayer wird mit Metsch auf den Convent nach Braunschweig geschickt.

1535 wird Christianus Bayerus unter den Schiedsrichtern zwischen dem Kurfürsten und Herzog Georg von Sachsen erwähnt.

1535 (Octob. ?) stirbt Bayer.

Obwohl nun Bayer lange Jahre als Rechtslehrer in Wittenberg gewirkt hat und von ihm erzählt wird:

A Luthero notatur ut captiosus et singularibus

---

[1]) Bayer mag also zwischen 1480 u. 1490 geboren sein. Sein Geburtsort ist wohl Langheim in Franken.

[2]) Schon vor 1525 soll Bayer eine Zeit lang bei Herzog Johann in Weimar Canzler gewesen sein. Cf. Seckendorff l. l. Schol. ad Indic. I.

opinionibus deditus, ueterisque iuris Canonici scitis plus iusto inhaerens (Seckendorff l. l.),

so ist er doch bis jetzt als juristischer Autor meines Wissens nicht genannt worden.

Nun finden sich aber in Laurentius Kirchhoff's großer Consiliensammlung (Responsorum siue consiliorum .... Tom. I—V. Francof. 1568—1578. Fol.) mehrere Consilien über Pommer'sche Rechtshändel aus der Zeit Herzogs Bogislav X., unterzeichnet: Christianus Bergerus I. V. D. et LL. imperial. ordinar. Vuitebergensis (T. IIII. Cons. XXII pp. 177 sqq. Cons. XXIII pp. 184 sqq. Cons. XXXV pp. 251 sqq.). Ein Ordinarius des Civilrechts dieses Namens hat in Wittenberg weder damals noch später existirt und es liegt demnach die Vermuthung nahe, daß Bergerus ein Lese- resp. Druckfehler sei für Bayerus. Christian Bayer möchte daher auch in den Catalog der juristischen Autoren zu recipiren sein.

Aus der Kirchhoff'schen Consiliensammlung hätte Walther überhaupt für die Literärgeschichte des Prozesses gar Vieles entnehmen können. Die Notiz z. B., daß Ulrich Fabricius „eigentlich Windemacher" heißt (Walther p. 38), macht einen höchst seltsamen Eindruck im Zusammenhalt mit der Bemerkung des Vorworts: „die Schwierigkeit liegt .... häufig .... auch in dem ausschließlichen Gebrauch von Ehren-, Spitz-, Tauf- und fingirten Namen, statt der eigentlichen Familien-Namen, z. B. ... Windemacher statt Ulrich Fabricius". Hätte Walther Kirchhoff's Consiliensammlung durchblättert, so würde er daraus ersehen haben (II pp. 246, 255 u. an vielen anderen Stellen), daß Fabricius gerade mit seinem Familiennamen Windemacher hieß, und er würde nicht Gefahr gelaufen sein, jene von Wetzell (System. 2. Aufl. p. 15 not. 17), wie es scheint, meiner Gewissensvertretung (S. 24 Zeile 7 von unten) entnommene Notiz auf so eigenthümliche Weise zu verwerthen. Ich selbst habe in meiner Gewissensvertretung es unterlassen, die Quelle, aus der ich schöpfte, zu citiren. Das geschah, weil ich an jener Stelle Citate nicht häufen wollte und — möge es nur zugestanden werden — weil ich einmal versuchen wollte, was man mit einer literärhistorischen Notiz, die wie aus den Wolken geschneit kam, anfangen werde. Und, siehe da, Walther hat etwas damit angefangen!

Den einleitenden Bemerkungen de Wal's zu seiner Recension Walther's hätten wir noch Eines hinzuzuwünschen: eine Kritik der Art und Weise, wie Walther Literärgeschichte als „Beitrag zur Culturgeschichte des gemeinen Civilprozesses überhaupt" zu schreiben unternimmt. Es ist ganz löblich, wenn Walther sich der Culturgeschichte erinnert; die Literärgeschichte ist in der That ein wichtiger Theil der Culturgeschichte, aber diese besteht sicher nicht in trockner Aufzählung von Personen, biographischen Notizen und Büchertiteln. Wer Literärgeschichte schreiben will, darf sich nicht auf das einfache Registriren nackter Thatsachen beschränken, er muß zum mindesten die literarischen Leistungen characterisiren, wenn er nicht, was allerdings der Literärgeschichte erst ein höheres Interesse verleiht, vermag, die einzelnen Arbeiten als Stadien der Wege, welche die Wissenschaft durchlaufen hat, erscheinen zu lassen. Nur so treten die Zusammenhänge hervor, in welchen die Bücher und deren Autoren mit der geistigen Cultur ihrer Zeiten stehen, nur so gewinnt die Literärgeschichte eine höhere Bedeutung, als die einer bloßen Hülfswissenschaft für die Dogmengeschichte.

de Wal macht in der deutschen Bearbeitung (Seite 8, Note *) eine in dem holländischen Originale fehlende Bemerkung über „den Unterschied zwischen bibliographischer Genauigkeit und Kenntniß der Literärgeschichte". Es ist gewiß zutreffend, in dieser Weise zu unterscheiden, wie denn auch die Eintheilung in Biographie, Bibliographie und Geschichte der Wissenschaft bei Literärhistorikern gewissermaßen traditionell geworden ist. Allein die Aufgabe der Literärgeschichte ist es m. E., jene Factoren zu einem Ganzen zu verarbeiten, nicht dieselben, wie es früher geschah, getrennt zur Darstellung zu bringen.

Die Arbeiten, welche wir bis jetzt für die Literärgeschichte des Prozesses besitzen, sind mehr oder minder ungenaue Bibliographieen mit dürftigen biographischen Notizen. Der Erste, welcher eine derartige Uebersicht zusammenstellte, war Samuel Stryck in seinem Collegium practicum, dessen sectio I^{a}.: „De notitia praecipuorum autorum, qui de processu iudiciario commentati" handelt. Ihm folgte Wilhelm August Friedr. Danz (Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Prozesses §§. 19—22) und diesem wieder fast alle Neueren. Manche Fehler und Versehen, welche

schon bei Stryck und Danz sich eingeschlichen haben, ziehen bis in die neuesten Bearbeitungen sich durch.

Ein beachtenswerther Versuch, den Adolf Martin in seiner im Jahr 1823 erschienenen Inauguraldissertation (Specimen historiae studiorum et meritorum quibus in theoria ordinis iudiciorum priuatorum per Germaniam excolenda tam legislatores quam iureconsulti nostrates excelluerunt. Sect. I[a]. Ienae. 71 pp.) machte, eine „Culturgeschichte des gemeinen Civilprozesses" in Angriff zu nehmen (p. 7 der Dissertation) scheint wenig bekannt geworden zu sein und ist heutzutage ganz vergessen. Auch Walther citirt dieselbe nicht, und doch: welch sonderbares Zusammentreffen in dem Ausdruck: „Culturgeschichte des gemeinen deutschen Civilprozesses"!

Rudorff hat das Verdienst, in seinem „Grundriß" zu Vorlesungen über den gemeinen und Preußischen Civilprozeß (1837) ein reicheres Material sowie vielfache Berichtigungen und Verbesserungen geboten zu haben. Doch auch seine Darstellung soll und kann auf den Namen einer Literärgeschichte des Prozesses keinen Anspruch machen. Und fragen wir, was durch Walther gewonnen ist, so können wir leider Rudorff gegenüber nur einen Rückschritt gewahren. Der ebengenannte Schriftsteller hat es wenigstens versucht, sein bibliographisches Material zu gruppiren, es fällt ihm nicht ein „die romanistischen Prozeßschriftsteller bis in's 16. Jahrhundert" mit den „deutschen Prozeßschriftstellern" seit Einführung der fremden Rechte in einen Topf zu werfen. Walther dagegen zählt als „Bearbeiter" des „gemeinen ordentlichen Civilprozesses" ebensowol Petrus, den Vf. der Exceptiones legum Romanorum, als den „Vater des Sächsischen Prozesses", Chilian König, auf, und zwar diese wie alle Uebrigen in einer Reihe, chronologisch geordnet. Dem entsprechend ist die einzige Scheidewand, die er errichtet, eine chronologische: die schon von de Wal gerügte Jahreszahl 1492 trennt die „Bearbeiter des gemeinen ordentlichen Civilprozesses" bis auf den J. R. A. in zwei Hälften. Wollte Walther einmal den romanisch-canonistischen Prozeß des Mittelalters als „gemeinen Prozeß" auffassen, so mußte er zum mindesten trennen zwischen Italienern und Deutschen, und die Letzteren anlangend war zu scheiden zwischen Denen, welche sich bemühen, lediglich das mittelalterliche romanische Prozeßrecht zu reproduciren, und Jenen,

welche das deutsche Prozeßrecht beschreiben, wie es sich unter dem Einfluß der fremden Rechte gestaltete. Den passendsten Abschluß hätte für die Literärgeschichte nicht ein Gesetz, der J. R. A., sondern eine literarische Größe ersten Ranges, Benedict Carpzov, geboten. Auch die Errichtung des Reichskammergerichtes — so wichtig sie auch sonst für die Geschichte des Prozesses sein mag — bietet für die Literärgeschichte keinen passenden Einschnitt. Nach 1495 treten deutsche Prozeßschriftsteller zahlreicher auf, als vorher, allein dieß ist nicht hinreichend, um eine „neue Periode" der Literatur von jener Zeit zu beginnen.

Den Namen einer „Literärgeschichte des Prozesses" müssen wir demnach Walther's Buch auf das Entschiedenste verweigern.

Fragt sich daher, ob es für die Biographie der Prozeßschriftsteller und für die Bibliographie etwas leistet?

Diese Frage nun hat de Wal auf das Gründlichste beantwortet, indem er (S. 9 ff.) Walther von §. zu §., von Schriftsteller zu Schriftsteller folgend, dessen grobe Ignoranzen, Nachlässigkeiten, Mißverständnisse und andere Fehler nachweist. Dabei giebt de Wal selbst sehr werthvolle Beiträge für die in Rede stehenden Disciplinen. Mit Recht führt daher Stintzing in seinem Vorwort aus, daß de Wal's Arbeit geeignet ist, „das Walther'sche Buch unschädlich zu machen für unser deutsches Publicum". Mit mehr Zurückhaltung ist Stintzing's weitere Aeußerung aufzunehmen, daß durch de Wal's Beiträge Walther's Werk selbst eine gewisse Brauchbarkeit erlange. „Wer de Wal's Ergänzungen und Berichtigungen zu Hülfe nimmt, sagt Stintzing, der kann immerhin ohne Gefahr das Walther'sche Buch als einen literärgeschichtlichen Leitfaden benutzen, zumal wenn er, durch de Wal's Kritik belehrt, auch auf den von diesem nicht unmittelbar berührten Punkten die Walther'schen Notizen mit der nöthigen Vorsicht aufnimmt".

Allein diese Mahnung zur „nöthigen Vorsicht" zeigt an, daß Stintzing keineswegs unbedenklich war, als er diesen Satz niederschrieb. Wir werden zu untersuchen haben, ob wir denselben adoptiren können, oder nicht.

Zunächst war beabsichtigt, eine Untersuchung über die Frage nach Autorschaft des Prozeßwerkes, welches dem Italiener Nicolaus de Tudeschis und gleichermaßen dem Deutschen Iohannes

ab Urbach zugeschrieben wird, hier folgen zu lassen. Allein theils äußere Umstände, theils das Gefühl, daß ich für jetzt nur etwas Unfertiges zu liefern im Stande wäre, bewegen mich, meine Ansicht noch zurückzuhalten. Doch ist die Art und Weise, wie Walther den an die Namen Nicolaus de Tudeschis und Joh. v. Urbach sich anknüpfenden Fragen gegenüber sich verhält, zu characteristisch für seine Arbeit, als daß ich es unterlassen könnte, wenigstens einige Bemerkungen in dieser Beziehung zu machen.

„Der Canonist Nicolai de Tudeschis", lesen wir bei Walther §. 59, „ . . . . . schrieb (ältester Name) einen „„Processus judiciarius"", später auch „„Practica aurea"" und „„Judiciarii ordinis processus"" genannt, inc.: „„Rex pacificus cunctorum causa effectiva"" etc. **Handschriften** unbekannt". Mit diesem lakonischen: „**Handschriften** unbekannt" schrieb Walther sein literarisches Urteil, ohne auch nur eine Ahnung davon zu haben. Denn er hätte, wenn er auf den Namen eines sorgfältigen Literärhistorikers Anspruch macht, nicht ignoriren dürfen, daß Steffenhagen zwei Hss. von „Nicolaus de Tudeschis, processus iudiciarius" beschreibt (Catal. codd. mss. biblioth. Regimont. nn. LXXXIX. 19 u. CXXIV. 1). Wenn Steffenhagen sich in seiner Bestimmung des Verfassers wahrscheinlich geirrt hat, so ist das eine Sache für sich, die Walther, da er die Hss. nicht gesehen hat, keineswegs abhalten konnte, eine Notiz zu geben, die von beachtenswerther Seite geboten wird. Wenn daher dennoch das „**Handschriften** unbekannt" eine Wahrheit enthalten sollte, so ist dieselbe bloß einer Ignoranz unseres Autors zuzuschreiben. Von den ältesten Ausgaben des „Processus iudiciarius panormitani" oder „practica de modo procedendi in iudicio" — Benennungen, welche von Anfang an neben einander vorkommen, von denen also keine als „ältester Name" sich darstellt — bei Hain (Repertor. 12360. 12362—12368) hat Walther natürlich keine Ahnung. Er thut sich vielmehr etwas darauf zu Gute, drei bei Lipenius nicht angeführte Ausgaben zu kennen, nämlich zwei aus dem 16. Jahrhundert — deren Titel augenscheinlich recht incorrect abgedruckt werden — und eine s. l. e. a. Von letzterer heißt es:

„Processus judiciarius" s. l. e. a. unpaginirt, gr. 8. (in Göttingen), beschrieben in meiner genet. Entwickel.

der Lehre vom s. g. Manif.-Eide S. 34, No. XIII u. Not. 56.

Und was lesen wir für eine Beschreibung der fraglichen Ausgabe in O. A. Walther's Genet. Entwicklung 2c.?

„Die Ausgabe, welche ich aus der Göttinger Bibliothek benutzte, gehört jedenfalls dem Ende des 15. Jahrhunderts an und enthielt weder die Angabe des Druckorts noch die Jahreszahl. Sie war nicht paginirt und nach ihrer äußeren Form gr. 8.“

Wozu die Verweisung? Bemüht Walther nur darum den Leser seiner „Literatur“, seine „Genet. Entwicklung“ nachzuschlagen, um ihm zu beweisen, daß er auch unmäßig breit zu schreiben versteht?

Ein sicheres Urteil über die beschriebene Ausgabe vermag man sich aus den Angaben sowol der gedrängten wie der breiten Beschreibung nicht zu bilden. Nur so viel möchte sich annehmen lassen, daß die Ausgabe mit keiner der von Hain beschriebenen Editionen zusammenfällt, da diese alle in folio oder 4° erschienen sind. Doch könnte auch Walther's Angabe „gr. 8“ auf einer Verwechselung mit stark beschnittenem 4 beruhen und zweifellos ist die Behauptung: „gehört jedenfalls dem Ende des 15. Jahrhunderts an“ ganz willkührlich, wenn nicht ein einziges bibliographisches Merkmal zur Unterstützung derselben sich anführen läßt.

Aber wenn Walther nur eine Ausgabe kennt, die seiner Meinung nach „jedenfalls dem Ende des 15. Jahrhunderts“ angehört und „Hss. unbekannt“ sind, wie ist es möglich, daß er sich nicht fragt: „Worauf gründet sich die Angabe, daß dieser Prozeß Nicolaus de Tudeschis zum Verfasser habe?“ Denn daß ein dem Ende des 15. Jahrhunderts entstammender Druck keinen vollgültigen Beweis für die Autorschaft eines 1445 verstorbenen Schriftstellers erbringe, liegt auf platter Hand. Und diese Frage wird um so bedenklicher, wenn man weiß, daß allerdings eine Reihe von Hss. existirt, welche denselben Prozeß — mit unwesentlichen Aenderungen — einem Anderen, nämlich Ioh. ab Urbach zuschreiben. Doch bei Diesem wirft Walther nicht einmal die Frage auf, ob Hss. vorhanden seien. Er ist vielmehr seiner Sache ganz sicher: „Jetzt ist man indessen darüber im Klaren, daß dieses Werk (Urbach) eine, mit nur sehr geringen Aenderungen erfolgte Aufwärmung des §. 59 genannten Pro-

zesses des Panormitan. ist". So weit folgt Walther einer vielfach nachgeschriebenen Aeußerung Rudorff's. Aus eigener Wahrnehmung fügt er noch hinzu: „Beide haben sogar dieselben, §. 59 auch erwähnten Anfangsworte". Damit ist die wichtige und schwierige Frage über das Verhältniß der beiden Prozesse zu einander, oder vielmehr die Frage nach der Autorschaft des einen Prozesses abgethan. Den Namen des Ioh. ab Urbach anlangend schreibt Walther: „Joh. v. Auerbach, auch, aber gewiß unrichtig, v. Aurpach, v. Aurbach, von Urbach, Joh. Urbach". Wie kommt es denn aber, fragen wir, daß gerade die ältesten Ausgaben übereinstimmend den Autor Ioh. ab Urbach nennen? Daß auch die Hss. sammt und sonders dieß thun, konnte freilich Walther, da er sie übersieht, nicht wissen.

Anders wie Walther stellt sich de Wal zu Ioh. ab Urbach. Er erkennt an, daß hier „eine genaue Untersuchung unumgänglich nöthig" war, ohne aber selbst in dieselbe einzutreten. Er warnt nur vor Verwechselung mit einem späteren Baierischen Juristen Ioh. Aurpach, der „Epistolarum juridicarum, quae consiliorum vice esse possunt libri IIII (Col. 1566. 8)" herausgab. Diese Briefe sind alle zwischen December 1560 und Mai 1566 geschrieben. Der Verfasser ist, wie mir scheint, identisch mit Ioh. Aurbach, D. et Cancellar. Episc. Ratisbon., von welchem ein Iudicium De duobus insciis parentibus inter se matrimonium contrahentibus in Georgii Dedekennii Thesaur. Consilior. Append. Vol. III p. 33 vorkommt. Er wird auch anderwärts erwähnt, z. B. in der Reformationsgeschichte der Grafschaft Ortenburg (vgl. Mehrmann, Geschichte der Gemeinde Ortenburg in Niederbayern. 1863. p. 38).

Ob nicht auch noch vor Verwechselung mit M. Ioh. de Aurbach, Vicar. Bambergensis, Vf. der bei Hain 2123—2125 aufgezählten Drucke, zu warnen sei, will ich für jetzt dahin gestellt sein lassen. Zuerst wurde der Prozeß Ioh. v. Urbach's unter dem Namen Ioh. v. Auerbach gedruckt zugleich mit der lectura Ioh. ab Eberhausen 1489 (vgl. Hain 2126. Muther, Gewissensvertretung p. 23 not. 23). Ueber letztere s. zur Berichtigung Walther's: Ztschr. für Rechtsgesch. IIII S. 392 ff. Walther schließt daraus, daß in der Ausgabe des Eberhausen'schen Commentars von 1512 Eberhausen „quondam huius

. . . facultatis ordinar." genannt wird, während dieser Zusatz in der Ausgabe von 1489 fehlt, daß Joh. v. Eberhausen zwischen 1489 und 1512 zu Leipzig verstorben sei. Allein das Unsichere dieses Schlusses liegt auf der Hand. Schon die Ausgabe von 1489 sagt: Non sine exactissimo consilio doctorum correctus, was nicht auf den Vf. als Herausgeber hindeutet. Und in der That ist Eberhausen schon 1479 verstorben. Vgl. auch de Wal p. 29.

Was Walther über den Vocabularius utriusque iuris und den Modus legendi abbreuiaturas in utroque iure beibringt, zu ergänzen und zu berichtigen, würde zu weit führen. Auch de Wal spart sich diese Mühe. Wichtige Aufschlüsse über jene Werke stehen von Stintzing zu erwarten. Einstweilen vgl. Ztschr. für Rechtsgeschichte IIII S. 412 ff.

Nunmehr wende ich mich zu den Ausführungen Walther's über einen vielgenannten Autor des 15. und 16. Jahrhunderts, der wol verdiente, Gegenstand einer ausführlicheren und gründlichen Untersuchung zu werden. Man schlage S. 37 §. 73 des Walther'schen Buches auf, da steht zu lesen:

„Henning Goden — nicht „„Göden"", wie er bisher mit Ausnahme von Schletter und Wetzell übereinstimmend genannt worden ist — aus Havelberg, Prof. zu Erfurt und Wittenberg, † 1521, schrieb einen, schon Berufungen auf Sächs. Proceßrecht enthaltenden, ordentlichen Proceß rc."

Hierzu bemerke ich:

1) Namen anlangend. Das Epitaphium des Mannes in Erfurt hat die Form Goeden, ebenso die Umschrift eines von Lucas Kranach gemalten Bildes (vgl. Hallische Beiträge II p. 87), das Epitaphium in der Stiftskirche zu Wittenberg dagegen: Goden (cf. Suevus Acad. Witteb. Sign. Mmm 3); Wimpina (ed. Merzdorff p. 79) schreibt Goede, ebenso Matthesius (Hist. de Luthero Conc. XVI p. m. 187). Auch in den Tischreden Luther's ist die Form Göde gebraucht, daneben aber auch Gode. In den Consilien findet sich am häufigsten die Unterschrift Gode. Das Rectorenverzeichniß der Universität Erfurt bei Motschmann (Erford. lit. 3 Samml. Sect. I p. 360) hat Goede. Das meiste Gewicht aber kommt zweifelsohne zu der in diplomatisch genauem Abdruck uns vorliegenden gleichzeitigen Inscription im Wittenberger Album:

„Hennyngus göde de haffellburgk arcium et vtriusque Juris doctor ecclesie Beate marie virginis Erfordennsis scolasticus et canonicus." (Alb. p. 31.)

Wie kommt nun Walther dazu, uns zu versichern, die einzig richtige Form des Namens sei Goden, „nicht Göden"? Antwort: Die Ausgabe des Prozesses von 1538 — 17 Jahre nach des Autors Tod — hat Goden, das ist für Walther so entscheidend, daß er die Berechtigung jeder anderen Schreibweise läugnet.

Ich werde mir trotzdem erlauben, noch jetzt „Göde" zu schreiben, wie denn auch Kampschulte (Universität Erfurt I pp. 39 ff.), welcher aus Erfurter handschriftlichen Quellen schöpfte, dieser Form den Vorzug gegeben hat. — Auch de Wal tadelt den Orakelton, mit welchem Walther „Goden" dekretirt.

2) Von den Lebensumständen Göde's hätte Walther wol etwas mehr mittheilen dürfen, als die dürre Notiz: „Prof. in Erfurt und Wittenberg", was nicht einmal ganz correct ist, da der „Ordinarius in iure canonico" nicht völlig unserem heutigen Professor entspricht. Zur Biographie Göde's geben die Hallischen Beiträge II pp. 73 ff. und in neuerer Zeit Kampschulte a. a. O. gute Beiträge. Ich stelle folgende Data zusammen:

Geburt: um 1450.

1464. Eröffnung der wissenschaftlichen Laufbahn zu Erfurt.

1474. M. artt.

1478. Reise nach Rom in öffentlichen Angelegenheiten (Umwandlung des Klosters auf dem Cyriaksberg in eine Festung).

1486 (Winter). M. Henningus Göde, de Havelberg, I. V. Baccal. & durante Rectoratu Lic., Collegii Maj. Collegiatus Rector der Universität Erfurt.

1489. D. iur. utr. und in demselben Jahre zum zweiten Mal Rector.

1509. Rebellion in Erfurt. Göde am 13. Juli exilirt. Wendet sich nach Sachsen.

1510 (Sommer). Henning Göde in das Album der Universität Wittenberg immatrikulirt (s. oben).

1511. „D. Henningus Gode iur. utr. Dr. beatae Virginis Erfordensis Scholasticus, Omnium Sanctorum Wittenburg. Praepositus et ordinarius“ als oberstes Mitglied der Juristenfakultät Wittenberg im Dekanatsbuch aufgeführt.

1516. 25. October. Vertrag zu Naumburg: Aussöhnung der Sächsischen und Mainzischen Partei in Erfurt. „Göde's Werk“, wie berichtet wird.

1517. Göde Decanus IC^torum^ Vitebergensium; ist aber — wie es scheint längere Zeit — abwesend.

1519, Ostern bis in's Jahr 1520. Göde von Wittenberg abwesend, wahrscheinlich zur Wahl und Krönung (?) Kaiser Karl's V.

1521. 21. Januar. † Göde zu Wittenberg mit Hinterlassung einer bedeutenden Erbschaft (12000 aurei?).

Zur Biographie und besonders Characteristik Göde's sind — außer den bereits citirten — nachzusehen die in den Hallischen Beiträgen a. a. O. p. 74 Not. 6 verzeichneten Schriften. Außerdem: Luther's Briefe (de Wette) I. 36. 415. 418. 534. Luther's Tischreden (Förstemann-Bindseil) I. pp. 252. 253. II. 292. III. 282 (?). Corp. Reform. I. 279. 390. 392. 393. 590 f. Manlii locor. comm. coll. (ed. Basil. 1562) II. 163. 164. III. 623. Muther in der Ztschr. für Rechtsgesch. IIII S. 416 ff. Derselbe, Aus dem Universitäts- und Gelehrtenleben, p. 226 und die im Namenregister s. v. Göde verzeichneten Stellen.

3) Betreffs des Prozeßwerkes Göde's erregen schon die Worte Walther's: „schrieb einen ordentlichen Prozeß“ das Mißverständniß, als ob wir es hier mit einem zur Publication bestimmten Product schriftsteller'scher Muse zu thun hätten. Wir besitzen vielmehr, wie ich schon in meiner Gewissensvertretung S. 47 bemerkt habe, nur das nach dem Tode Göde's herausgegebene Collegiendictat desselben. Das erzählt der Herausgeber Johann Braun aus Wittenberg in seiner vom 15. März 1538 datirten Widmung an den Markgrafen Johann von Brandenburg mit dürren Worten („— — ingenue dico, me usum esse multis exemplaribus, quae partim ab ore Henningi excepta, partim ab alijs transscripta erant, omnia tamen dissimillima“). Daß die Herausgabe des Heftes erst 17 Jahre nach Göde's

Tod erfolgte, wird Niemanden Wunder nehmen, der das Bücherwesen des angehenden 16. Jahrhunderts kennt. Die Dictate berühmter Lehrer wurden immer und immer wieder abgeschrieben und existirten oft in zahllosen Exemplaren, ehe ein speculativer Buchhändler sich ihrer annahm und sie abdruckte.

Den Character eines Collegienfestes trägt der Göde'sche Prozeß durchgängig. Allerdings enthält derselbe Berufungen auf Sächsischen Prozeß — und nicht bloß an zwei Stellen, wie Wetzell versichert —, allein diese Berufungen sind gelegentliche Notizen, die der Vortragende einstreut in seine Darstellung des canonistischen Prozesses, mehrere derselben zeigen sogar eine antisaxonisirende Tendenz (vgl. meine Gewissensvertretung S. 71). Der canonistische Prozeß aber ist kurz, klar, übersichtlich vorgetragen und wir haben in dem Werke den Beweis vor Augen, daß Göde allerdings auf den Namen eines ausgezeichneten Juristen und Universitätslehrers Anspruch hatte.

Damit aber von Walther's kurzem Satz: „— schrieb einen — — ordentlichen Prozeß" auch nicht eine wesentliche Angabe als vollkommen richtig bestehen bleibe, muß ich noch bemerken, daß Walther Rubr. X.: Causae privilegiatae in quibus simpliciter et de plano absque judiciorum strepitu et figura procedi potest, sowie Rubr. XL sqq. — der Ausführungen innerhalb der einzelnen Titel nicht zu gedenken — entweder übersehen oder nicht verstanden hat. Er übersetzt kurzweg Iudiciarii ordinis processus mit „ordentl. Prozeß", ohne darum sich zu kümmern, was der Titelverfasser damit ausdrücken wollte.

4) Unter den von Walther aufgeführten Ausgaben des Prozesses ist zweifelsohne die sub 2 genannte von 1538 die erste. Dieß steht auch auf dem Titel, welchen Walther — allem Anschein nach fehlerhaft genug, z. B. formatissimique statt famatissimique, Propositi statt Praepositi — abdruckt, mit ausdrücklichen Worten: „nunc primum — — in lucem editus". Ohne Gründe darf man doch eine derartige Angabe nicht unberücksichtigt lassen. Ueberdem aber stimmt die Jahreszahl mit dem Datum der Widmung des Herausgebers. Walther bemerkt bei dieser Ausgabe: „Ohne Druckort". Da mir die Ausgabe nicht vorliegt, muß ich ununtersucht lassen, ob der Druckort nicht an einer von Walther übersehenen Stelle angegeben ist. Alle Wahrscheinlichkeit spricht für Wittenberg und

demnach möchte doch die von Walther angezweifelte Angabe von Bethmann-Hollweg u. A.: „Viteb. 1538“ richtig sein. — Die Ausgabe Viteb. 1561 — Walther: „allein von Wetzell“ — hat mir in Königsberg und Rostock vorgelegen. — Die Cölner Ausgabe von 1552 (Walther No. 3) besitze ich selbst. Ferner habe ich gesehen (Königsberg) die Cölner Ausgabe von 1582 (Walther: „nur von Danz“).

Rücksichtlich der von Walther sub 1 aufgeführten Ausgabe s. l. e. a. — „nach (Walther's) Dafürhalten die Ed. princeps“ — habe ich mich die Mühe nicht verdrießen lassen, das Citat:

> „vergl. Meine genet. Entwickelung der Lehre vom s. g. Manifestat-Eide. Marb. 1858. §. 8. No. 7 und Not. 69. mit §. 6. Not. 28.“

nachzusehen. Und was fand ich? Die Not. 69 bemerkt zu den Worten „H. Goeden — — iudiciarii ordinis processus“: „Die von mir benutzte Ausgabe war dem Not. 28 erwähnten ordo judiciar. von Roffred. Benevent. angebunden, und trug weder einen Druckort noch Jahrzahl“. Not. 28 cit. aber heißt es: „Rofredi Benevent. ordo judiciar. Lugd. Apud hered. Jac. Juntae. 1561. fol.“ So steht denn in den beiden Citaten noch weniger, als was, uns der Vf. jetzt mittheilt, daß nämlich die fragliche Ausgabe sich zu Göttingen befindet. Es ist mir nicht unwahrscheinlich, daß dieselbe mit dem im Göttinger Exemplare angebundenen Ordo iudiciar. Roffredi Benev. zusammengehört, wie ich mich denn auch erinnere, eine Ausgabe Lugd. 1561 citirt gefunden zu haben. Doch läßt sich darüber ohne genauere bibliographische Angaben, die wir bei unserem Autor vergeblich suchen, nichts entscheiden.

de Wal (S. 37) bemerkt zu Walther's Auslassungen über Göde: „Von den consilia von Goden, von Melchior Kling herausgegeben, spricht W. kein Wort“ ꝛc. Damit thut de Wal Walther Unrecht, denn es heißt bei diesem nach der sub 5[a] aufgeführten Ausgabe des Prozesses — aber ohne Absatz, in derselben Zeile fortgehend —: „Uebrigens schrieb H. Goden auch noch „„Consilia““, worauf die Ausgaben — dießmal richtig, wie es scheint nach Haubold — aufgezählt werden.

Damit verlassen wir Walther's Ausführungen über Göde und wenden uns zu dem folgenden von ihm behandelten Prozessualisten: Georg v. Rotschitz.

Nach dem gewohnheitsmäßigen: „irrig auch Rothschütz" u. s. w., heißt es: „im Jahre 1529 unzweifelhaft Churf. Sächs. Canzler zu Freyberg". Nun ist allerdings die Widmung des Processus Juris an Wolff von Schönburg dd. Dinstags in heiligen Pfingsten 1529 unterzeichnet: „Geörg von Rotschitz, die zeit Freybergischer Cantzler". — Woher aber weiß Walther, daß Rotschitz „unzweifelhaft" „Churfürstlich Sächsischer Canzler" war? Antwort: Er weiß das jedenfalls nicht, sondern er vermuthet es, und diese Vermuthung ist nur möglich, weil er ignorirt, daß jener Zeit Freiberg der Sächsisch-Albertinischen Linie — auf welche die Kurwürde erst in Folge des Schmalkaldischen Krieges überging — gehörte und daß daselbst Herzog Heinrich zu Sachsen residirte. Hätte er daher geschrieben „Herzogl. Sächs. Canzler", so würde man ihn eines groben Fehlers nicht zeihen können, wenn man auch seine Genauigkeit nicht gerade loben würde, die verlangt, daß der Fürst, bei welchem R. Canzler war, genannt wird. Daß Walther nichts weiter von R. anzuführen weiß, nimmt nicht Wunder, denn es ist wenig von ihm bekannt. In meiner Gewissensvertretung (S. 47, Not. 2) habe ich die Notiz gegeben, daß schon 1499 ein Georg v. Rotschitz als Küchenmeister Herzog Albrechts des Beherzten von Sachsen vorkommt. Ob dieser identisch sei mit dem Herausgeber des Prozesses, lasse ich dahin gestellt sein. Dagegen ist es unzweifelhaft, daß solche Identität stattfinde mit „George von rothschicz bischoflichs hoffes Meisßen canczler", wie er sich a⁰ 1521 selbst unterschreibt[3]), und von dem Seidemann berichtet, daß er 1526 als Canzler Herzog Heinrichs des Frommen in Freiberg vorkomme. Im Dome zu Meißen liegt ein am 8. Juli 1536 verstorbener Domherr Georg von Roschütz (sic) begraben (G. Fabricius, Annal. urb. Misn. p. 88). Ein späterer Herausgeber des Prozesses, Schultes, nennt in seiner vom Tage Bartholomaei 1598 datirten Widmungsepistel „George von Rotschitz, Thumb-Dechant des Stiffts Merseburg", des seligen Autors des Prozesses Bruders Sohn. Wolff von Schönburg kommt 1523 als Amtmann in Meißen vor[4]).

Georg von Rotschitz schreibt bei Uebersendung des Pro-

[3]) Cf. Seidemann, Erläuterungen zur Reformationsgeschichte (1844) S. 16 vgl. S. 36. 97.

[4]) Seidemann a. a. O. S. 57.

zesses an Schönburg, letzterer sei „inn vorzeitten" — also wol als Beide in Meißen zusammen wirkten — an ihn „gelanget", d. h. habe ihn gebeten, ein deutschs Büchlein von ordenung der Gerichtsleufft" ꝛc. zu fertigen. „Unter anderen, die ich behendet (d. h. in Händen gehabt) vnd gelesen, (ist) diß gegenwertig — so von hochgelerten vnd der Recht wol verstendigen Doctoren zusammen getragen vnd beweret — meines wenigen verstandes E. G. begir zu erfüllen vnd genug zu thun, nit für vndienstlich vnfruchtbar geachtet". Damit lehnt doch Rotschitz die Autorschaft des Prozesses ab und schreibt sie „hochgelerten ꝛc. Doctoren" zu. Weiter sagt er noch, er suche nicht in dem, das er von seinen „Preceptoren als ein schuler erlernet ruhm". Daraus geht hervor, daß R. nicht sein eigenes Buch, sondern wahrscheinlich ein Collegienheft eines Anderen, giebt. Er nimmt nichts als die Zusammenstellung der verschiedenen Bestandtheile (vgl. Stobbe, Rechtsquellen II. 179 ff.), aus welchen seine „kleine Papyrene verehrung" an Wolff v. Schönburg besteht, für sich in Anspruch. Vielleicht ist ihm auch das Verdienst eines Uebersetzers — denn das läßt sich mit seinen Worten noch reimen und Collegienhefte pflegten damals lateinisch vorgetragen zu werden — zuzuschreiben. Bedenken wir nun, daß R. 1521 schon Canzler war, also wohl geraume Zeit schon aufgehört hatte, ein „schuler" der Rechte zu sein, „so werden wir kaum fehlgreifen, wenn wir die eigentliche Entstehungszeit des fraglichen Prozeßlehrbuchs in das Ende des 15. oder Anfang des 16. Jahrhunderts und den Entstehungsort etwa nach Leipzig verlegen". So habe ich bereits im Jahr 1860 (Gewissensvertretung S. 47. 48. Not. 2) drucken lassen und halte auch heute noch an meiner Ansicht fest.

Die große Bedeutung des unter Rotschitz's Namen gehenden Werkes für die Dogmengeschichte des Prozesses ist allgemein anerkannt und bedarf es keines weiteren Beweises derselben. Wohl aber hätte Walther darauf aufmerksam machen müssen, daß es einen ganz anderen Character trägt als Göde's Heft, indem darauf ausgegangen wird, das damals in Sachsen praktische, aus Romanischen und Germanischen Elementen combinirte Prozeßrecht darzustellen. Die Praxis des gemeinschaftlichen Sächsischen Oberhofgerichts, sowie der Schöppenstühle zu Magdeburg und Leipzig wird mehrfach angezogen, ein Einfluß der Kirchenreformation ist nicht ersichtlich, vielmehr ist der „heyligen vnd

Gotförchtige leut, als Barfusser brüder" u. s. w. in einer Weise gedacht, aus der sich ergiebt, daß der Vf. der Römisch-catholischen Kirche anhing, was um so bemerkenswerther ist, als Heinrich der Fromme von Freiberg schon 1526 für die Reformation sich erklärt hatte.

Ob Walther den Titel der Ausgabe von 1529 richtig angiebt, kann ich nicht ermessen, da ich dieselbe nicht gesehen habe. Die Ausgabe von 1530 liegt vor mir, der Titel besagt ausdrücklich: „zum Andernmal Gedruckt", Drucker ist nicht Mich. Blum, sondern Melchior Lotther in Leipzig. Die dritte Ausgabe, welche Walther übersieht, besitze ich selbst: „Gedruckt zu Leiptzig durch Michel Blum. M. D. XXXV." kl. 8. Die vierte Ausgabe (in Walther's Besitz) Leipzig. 1539. 8. Von der Schultes'schen Ueberarbeitung — nicht bloß Ausgabe, wie Walther meint — benutze ich den Abdruck von 1613 (Lips. ex officina Henningi Grosii. 4°.), welchen Schultes selbst in der Vorrede als den dritten bezeichnet.

de Wal begnügt sich, rücksichtlich des Werkes von Rotschitz auf Stobbe zu verweisen.

Auf Rotschitz folgt bei Walther: Chilian Goldstein — so schreibe ich trotz der Mahnung Walther's, daß wol Goldtstein allein richtig sei —. Walther legt ihm die Titel bei: „Prof. beider Rechte, Senior und Syndicus zu Halle a. S., dann Sachsen-Weimar. Rath und Canzler in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts".

Hier enthält beinahe jedes Wort einen Fehler.

Am bezeichnendsten für die Befähigung Walther's zu dergleichen Arbeiten ist, daß er aus der Angabe auf dem Titel des Prozesses: Auctore Chiliano Goldtstein V. I. D. Seniore" etc. eine Amts- oder Ehrenbezeichnung herausliest: „Chil. Goldtstein, Prof. beider Rechte, Senior und Syndicus" rc. Dazu gehört doch in der That übermenschliche Gedankenlosigkeit! Daß der Sohn Chilian Goldstein's auch Chilian hieß, V. I. D. war und daher „Chilian Goldstein V. I. D. iunior" genannt wurde, wußte allerdings Walther nicht, aber dieß ist keine Entschuldigung für den ridiculen Lapsus. Eher hätte gerade die Bezeichnung „Senior" auf dem Titel ihn bewahren sollen, Vater und Sohn auf die seltsamste Weise zusammenzuwerfen.

de Wal bemerkt: „Walther's Worte: „„Prof. beider Rechte, Senior und Syndicus zu Halle a. S."" könnten uns zu dem

Irrthum verleiten, als wäre Goldstein Prof. der beiden Rechte zu Halle gewesen, anderthalb Jahrhunderte vor der Stiftung der dortigen Universität! In Wittenberg lehrte er, ehe er sich als Syndicus nach Halle begab. Niemand hat bis jetzt die beste Quelle für seine Biographie, nämlich einen Briefwechsel mit Melanthon, benützt. Selbst Carmina, von ihm verfaßt, finden wir im Corp. Reform. mitgetheilt".

Gegen die Bemerkung, daß noch Niemand das C. R. zur Biographie Goldstein's benutzt habe, muß ich protestiren. So kurz die Notizen sind, welche ich in meiner Gewissensvertretung S. 57 über Goldstein gab, so sind sie doch nicht ohne Kenntniß und Berücksichtigung des C. R. niedergeschrieben. Freilich lag es damals nicht in meinem Plan, Ausführlicheres über Goldstein mitzutheilen. Doch um die mehrfachen Zweifel, die ich seitdem vernommen, zu entfernen, will ich jetzt das früher Unterlassene nachholen. Zuvor möge jedoch noch bemerkt sein, daß es „Professoren beider Rechte" im 16. Jahrhundert nicht gab, daß also auch diese Notiz Walther's eine schon äußerlich erkennbare Ungenauigkeit enthält. Und nun einige Mittheilungen über das Leben Goldstein's:

1499. 25. März (Nachts 11 Uhr) wird Goldstein zu Kitzingen in Franken geboren. Vater: Johann Goldstein, Bischöfl. Würzburgischer Rath (Paul. Eber. Calendar. p. 119).

1521. (April.) „Kilianus goltstein de kitzingen dioc. herbipo." in's Album der Universität Wittenberg eingetragen (Alb. p. 104).

1525 giebt Chilian Goldstein Melanthon's lateinische Grammatik heraus.

1529 (Sommer) ist Chilian Goldstein Decanus facultatis artt. zu Wittenberg.

? Hofgerichtsprocurator zu Wittenberg.

? Iuris utriusque Doctor.

1533 finden wir Ch. G. unter den Kirchenvisitatoren im Kurkreis (er ist von Seite der Städte bestellt; unter seinen Collegen: Jonas, Bugenhagen u. A.).

1539 wird „Chilian Goldstein, Doctor" Mitglied (Präsident?) des neuerrichteten geistlichen Consistorium zu Wittenberg.

1540. Dec. ist Goldstein mit Melanthon in Worms beim Religionsgespräch. C. R. I. 1199. u. X. 565.

1541. Sommer. „Chiliannus Goldstein, I. V. D." Rektor der Universität Wittenberg.

1541. 1. October hat Chilian Goldstein das Rectorat niedergelegt und fungirt anstatt seiner der Vicerector Georgius Maior. Goldstein begab sich um diese Zeit mit Urlaub des Kurfürsten auf ein Jahr nach Halle, um das Syndicat zu übernehmen. Der Urlaub wurde später auf Bitten der Hallenser verlängert.

1546. Einnahme Halle's durch Herzog Moriz zu Sachsen und Vertreibung Goldstein's.

? Rückkehr nach Halle.

1568. 25. Jan. † Chilian Goldstein I. V. D. Senior, Syndicus zu Halle a./S.

Zur Biographie und Charakteristik Goldstein's sind zu vergleichen: Luther's Briefe (de Wette) V. 382. 434. 490. 618. VI. 354. C. R. I. 568. 902. 1199. II. 450. IIII. 114. 652. V. 358. 530. VI. 178. 209. X. 528. 531. 367. Ratzeberger's handschriftl. Geschichte über Luther und seine Zeit, hrsg. von Neudecker (1850) S. 188 ff. Dreyhaupt, Beschreibung des Saalkreises. II. 621. Eine juristische Professur, oder, um correcter zu reden, eine lectura ordinaria in iure hat, wie es scheint, Goldstein nie inne gehabt, doch zweifle ich nicht, daß derselbe vielleicht schon als M. AA., jedenfalls aber als recipirter D. iur. in Wittenberg juristische Vorlesungen gehalten hat.

Der schon erwähnte Sohn Chilian Goldstein's: Chilian G. der Jüngere ist geb. 20. August 1527, wurde in Wittenberg immatrikulirt im Sommer 1538 und zum I. V. D. promovirt 1553 (oder 1554). Von 1569—1571 wurde er von Herzog Johann Wilhelm zu Sachsen zu vielen Geschäften gebraucht (Joh. Seb. Müller's Sächs. Annalen fol. 154. 155. 157. 160 etc.); ob er aber zur Stelle eines Canzlers gelangte, vermag ich nicht anzugeben.

Aus dem Vorstehenden ersieht man, wie arge Verstöße Walther auch hier sich hat zu Schulden kommen lassen. Und nun zum Buch, welches den Namen Chilian Goldstein's trägt. Dreyhaupt (Beschreibung des Saalkreises, II. 621) schreibt dasselbe Chilian Goldstein dem Jüngeren zu. Allein diese An-

gabe wird durch den Titel, sowie durch das Vorwort des Druckers vom 1. August 1568 widerlegt. Auch ist es, da das Enchiridion im Todesjahre Chilian Goldstein's d. A. zum ersten Male erschien, höchst wahrscheinlich, daß die Erben das Ms. im Nachlasse des Vaters gefunden und alsbald in den Druck gegeben haben. Ich habe nur eine Ausgabe: Frankf. Egenolffs Erben. 1579. 8. — die bei Walther fehlt — und die Schultes'sche Edition gesehen. Auch dieses Werk trägt den Charakter eines Collegienheftes, und vermuthe ich, daß es als solches von Chilian Goldstein d. A. in Wittenberg ausgearbeitet und vorgetragen, später aber bei dem Uebergang zu einer rein practischen Berufsthätigkeit zurückgelegt worden war, bis es die Erben der Vergessenheit entrissen.

Ich übergehe nun eine Reihe der von Walther behandelten Schriftsteller und bemerke nur nebenbei zu Robertus Maranta, daß Walther, wenn er dessen Buch einmal etwas näher angesehen hätte, schwerlich unterlassen haben würde, zu bemerken, daß dasselbe am 13. Nov. 1520 begonnen und am 20. Sept. 1525 vollendet worden ist. Vor der Ausgabe von 1544 liegt wahrscheinlich noch eine von 1540, denn aus diesem Jahre ist die Widmungsepistel der Söhne des Autors. Auch durfte bei dem Gewicht, welches Walther auf die Namenschreibung legt, nicht übergangen werden, daß in der Widmungsepistel der Autor wiederholt Robertus de Maranta genannt wird.

Ueber Chilian König (Walther §. 83) habe ich an mehreren Orten möglichst eingehende Personalnotizen gegeben. Wenn Walther nur hie und da eine aus meinen Arbeiten in die zweite Ausgabe von Wetzell's System hinübergenommene Notiz — aber ohne Nennung der ursprünglichen Quelle — benutzt, so liegt der Schade jedenfalls nicht auf meiner Seite. Die kurze Biographie, die Walther von König gibt, strotzt von Fehlern. König war in Zwickau nicht „Bürgermeister", er war nicht „zuletzt" Canzler bei Herzog Georg, es ist unwahr, daß man bis auf Wetzell (System. 1. Aufl.) allgemein als Todesjahr König's 1540 angenommen habe, es ist zum Mindesten ungenau, daß Wetzell (in der 2. Ausg. seines Systems) das Todesjahr des König auf 1526 „verlegt" habe, der ursprüngliche Titel des Prozesses lautete nicht „Practica und Prozeß der Gerichtsleufftе" ꝛc. Daß Walther an dem traditionellen Fehler,

den späteren Bearbeiter König's: „Ioach. Greg(or) v. Pritzen" (cf. auch §. 174) zu nennen, anstatt: „Joach. Gregorii von (d. i. aus) Pritzen", festhält, ist selbstverständlich (s. unten). Ich kann mich nicht veranlaßt sehen, hier überall berichtigend aufzutreten, und das, was ich schon vor Jahren drucken ließ, nochmals vorzutragen. Wer sich für König interessirt, s. die in meinem Buch: „Aus dem Universitäts- und Gelehrtenleben" im Index s. v. Kilian König angezeigten Stellen.

Nach König aber gelangt Walther „zu zwei Namen, bei denen sehr tüchtigen Rechtsgelehrten Arges passirt ist." Diese Namen sind: Conrad Maurer und Conrad Mauser. Da erfahren wir denn nach längerer Exposition:

> „bei gründlicher Prüfung der Umstände ergiebt sich folgende Wahrheit:
>
> Der Wittenberger Prof. Conrad Maurer im 16. oder 17. Jahrhundert ist mit seinem angeblichen Werke und dessen Ausgaben ein bloßes Phantom: muß also aus der Reihe der Prozessualisten gestrichen werden."

Das hätte Walther in meiner Gewissensvertretung S. 56 in der Note weit kürzer lesen können und dabei würde er auch für seinen Satz: „Nur Conrad Mauser ist ächt" einiges aus ächten Quellen, nämlich aus archivalischen Actenstücken geschöpfte Material — das auch einen Theil der von de Wal S. 42 erhobenen Zweifel beseitigt — gefunden haben. Doch auch in dieser Beziehung beschränke ich mich auf ein repeto priora. Ausführlichere Behandlung des nicht uninteressanten Mannes behalte ich mir für eine spätere Gelegenheit vor.

de Wal (S. 42) regt bei Mauser die Frage an: „Es bleibt zweifelhaft, wann die deutschen Ausgaben von Mauser's Werk erschienen sind, indem nämlich ein (bei Walther nicht genannter) „Proceß der Churfürstl. Sächs. Hofgerichte" (Jen. 1610. 4) von Einigen für ein vom „Geistlichen Prozeß" (Jen. 1607. 4) verschiedenes Werk angesehen wird. Existirt noch ein „Processus minor in Hss.? Ein Werk unter diesem Titel befand sich in der Bibliothek von J. P. von Ludewig".

An anderer Stelle (p. 78) fragt de Wal: „Ist der von Walther unter „„Joachim Gregor von Pritzen"" verzeichnete „„Kurzer und nützlicher Proceß, so vor 50 Jahren"" u. s. w. wohl etwas anderes als der Processus minor von Conrad Mauser?"

Ich weiß zur Zeit auf diese Fragen eine genügende Antwort nicht zu geben. Doch will ich nicht unterlassen zu bemerken, daß Joachim Gregorii aus Pritzen seiner ersten Ausgabe von Conradi Lagi Compendium iuris Saxonici (1597. Vgl. Muther in Glaser's Jahrbüchern. Bd. V. S. 404 ff.) „einen deutschen Prozeß" beifügte und daß die Ausgabe jenes Compendium von 1603 „mit zweyen guten angesetzten kurzen Prozessen in Druck verfertiget" ist. Diese zwei „guten angesetzten Prozesse" sind im Druck so eingerichtet, daß sie auch abgesondert verkauft werden konnten. Ihre Titel sind:

1) Ein kurzer vnd nütz= | licher Proceſs. | SO vor funffzig | Jahren nach Sächſiſchen | Rechten vnd vbungen, von einem | vornemen Doctore zu Wittenberg, | einem guten Freund zum be= | ſten geſtellt wor= | den. || Mit einer Vorrede, | D. Joachimi Gregorij | von Pritzen, jetzo zu Mag= | deburgk, etc.
2) Ein kurtzer Prozeß, | wie der zu Magdeburgk, | vnd an andern orten, da Sächſiſch | Recht in vbung iſt, gemeinlich | gehalten vnd obſer= | virt wird.

   Forma 4°. Keine Blatt= und Seitenzahlen, aber Custoden und Signaturen. Letzte Signatur: k iij, dann noch ein Blatt ohne Signatur. Anfang von No. 2 mit Sign. g. Vorrede von Sign. a ij bis a (iiij^a).

No. 1 ist das von Hommel, Litter. iur. (Ed. I^a. 1761. p. 162) beschriebene Werk. In der Vorrede sagt Gregorij, er habe diesen Prozeß vor 50 Jahren, da er zu Wittenberg noch bei Lebzeiten Luther's und Melanthon's studirt und D. Hieronymus Schurf, D. Melchior Kling, D. Laurentius Zoch, D. Ulrich Mordeisen und Cunrad. Mauser „alle der Rechte Doctores, Licenciat. und Professores" gehört, von einem fürnehmbsten Doctore und Practico überkommen.

Danach möchte denn schwerlich einer dieser Prozesse von Mauser herrühren, da nicht abzusehen wäre, warum Gregorij, der kurz zuvor den Namen Mauser's erwähnt hat, nicht auch diesen als denjenigen, von dem er den Prozeß erhalten, benennen sollte. Ueberdem sagt Gregorij ausdrücklich, er habe den Prozeß von einem Doctor erhalten, während Mauser diesen Grad nie angenommen hat.

Möglich jedoch, daß die oben mitgetheilte Aeußerung des

Joachim Gregorij mißverstanden und einem wiederholten Abdruck der Prozesse Conrad Mauser's Name vorgesetzt wurde.

Jedenfalls ist es falsch, wenn Walther schreibt: Dr. Joachim Gregor de Pritzen .... bearbeitete einen Prozeß unter dem Titel: Kurtzer und nützlicher Proceß u. s. w. Magdeb. 1615. 4.

Gregorij ist für die Geschichte der Prozeßliteratur sehr wichtig durch seine Ueberarbeitung Kilian König's. Denn diese ist eine wahre Fundgrube für die Dogmengeschichte. Deshalb will ich denn auch einige Personalnotizen über denselben mittheilen. Geboren ist Gregorij etwa 1527 und zwar zu Pritzen. Am 20. April 1545 wurde er zu Wittenberg immatrikulirt (Joachimus Gregorius Pritzensis. cf. Alb. p. 221). Seine Lehrer sind schon oben genannt. Als Ende Octobers 1546 die meisten Professoren und viele Studenten der Universität Wittenberg nach Magdeburg übersiedelten, um dem sich annähernden Kriegsgetümmel zu entgehen, folgte ihnen Gregorij und blieb auch in Magdeburg, als im folgenden Jahre die Universität nach Wittenberg zurückkehrte. Er widmete sich der advokatorischen Praxis, mit vielem Erfolg, wie es scheint. 1577 wurde er an den Mecklenburgischen Hof nach Schwerin berufen: „archivi publici ergo". Doch setzte er seine advokatorische Thätigkeit fort, auch als er einige Jahre später — nach dem Tod seiner ersten Gattin — sich nach Lübeck begab und dort zum zweiten Male heirathete. Er blieb drei Jahre in Lübeck und kehrte dann nach Magdeburg zurück. Im Jahre 1599 erscheint er als „I. V. D. und deß alten Sächsischen Schöppenstuhls zu Magdeburg Assessor". Schon von Beginn seiner Praxis hatte er angefangen, das Material für seine Zusätze zu König zu sammeln. Er versichert, während seines ganzen Lebens diese Arbeit fleißig fortgesetzt zu haben. Erst im hohen Alter ließ er das Werk in Druck erscheinen.

Wie es kommt, daß schon 1595 ein Prozeß wegen Nachdrucks der Commentaria et annott. des „D. Joachim Gregorius von Magdeburg" zum Prozeß Kilian König's geführt werden konnte, während die Widmungsepistel Gregorij's erst vom 18. August 1599 datirt, vermag ich nicht zu sagen. Entweder liegt hier ein Leseirrthum oder Schreibfehler zu Grunde, oder es war die Arbeit Gregorij's schon früher in Abschriften verbreitet und von einem unberechtigten Drucker unter die Presse gebracht worden.

Unter die Prozeßschriftsteller, „über deren persönliche Verhältnisse“ Walther „nichts Näheres zu ermitteln vermochte“, gehört Heinrich Knaust (§. 101). Hätte Walther das Album acad. Viteb. ed. Foerstemann angesehen, so würde er wenigstens gefunden haben (p. 165), daß im Sommer 1537 Heinrich Knaust aus Hamburg in Wittenberg immatrikulirt worden ist. Aber es existiren auch sehr ausführliche Nachrichten von Knaust's Leben und zwar von ihm selbst herrührend. Knaust schrieb nämlich unter Anderem ein Werk mit dem ergötzlichen Titel: „Fünff Bücher von der göttlichen und edlen Gabe, der philosophischen, hochthewern und wunderbaren Kunst, Bier zu brauen. 1575“. In diesem Buch giebt er eine Art Selbstbiographie. Wir erfahren, daß er Hamburger von Geburt war, in Deutschland weit herum kam, eine Frau aus Berlin hatte, in Bremen einige Jahre die Stelle eines Syndicus generalis versah. In Danzig — wo er sich „legationsweise“ einige Zeit aufhielt — mundete ihm das Bier am Beßten. Später war er Syndicus des Rathes in Demmin, dann in Erfurt. Zur Zeit des Erscheinens des Bierbuches nennt er sich: Beider Rechte Doctor, kaiserlicher, gekrönter, laureirter Poet, Comes und Miles des Hoffs zu Lateran. (Vgl. Europa 1858. No. 18 [30. April]). Danach ist eben nicht wahrscheinlich, daß Knaust — wie Walther, angeblich nach Stryck, mittheilt — die Ausgabe seines „Feuerzeugk gerichtlicher Ordnunge“ ꝛc. von 1601 noch selbst besorgt hat, denn er würde damals schon ein Alter von 80 Jahren und darüber erreicht haben. Aber auch hier wieder zeigt sich, mit welcher Sorglosigkeit Walther bei der Benutzung seines geringen Quellenvorraths verfährt. Denn die Stelle bei Stryck, auf welche er sich allein beziehen kann, lautet nach der Ausgabe von 1726 wörtlich: „Pertinet huc etiam Henrici KNAVSTENS Feuerzeug Gerichtlicher Processen, Francof. in 8. 1616 editum, qui ipse Autor jam antea 1608. Francof. in 8 ediderat Germanice Practicam Papiensem, non quidem integram, sed praecipuas eius partes“.

Hierzu bedarf es keines Commentars. — Uebrigens ist Knaust auch Vf. eines Enchiridion procuratorum.

Wo man in das Walther'sche Buch hineinsehen mag, überall finden sich Nachlässigkeiten, Mißverständnisse, Ignoranzen, Uebersehen und Gedankenlosigkeiten. Kein Wort ist in dem ganzen

Werk, welchem man ohne Nachprüfung trauen dürfte. Die angeführten Beispiele sind hinreichend, um dieß Urteil, dessen Schwere ich wohl zu ermessen weiß, zu rechtfertigen. Wer aber durch das von mir Beigebrachte noch nicht überzeugt sein sollte, der sehe de Wal nach, wo er die Nachweisungen anderer Fehler nach Dutzenden, je zu Hunderten zählen kann. Und dennoch war es, wie sich aus dem Obigen ergiebt, selbst für de Wal ein Ding der Unmöglichkeit, Alles zu rügen, was zu rügen ist.

Referent hätte wol noch Manches auf dem Herzen, was er zu Walther's Buch und zu de Wal's Berichtigungen und Verbesserungen hinzufügen möchte. Allein er glaubt in dieser Zeitschrift nicht mehr Raum beanspruchen zu dürfen, als gerade nothwendig ist, um die besprochenen Werke zu characterisiren.

Unser Endurteil ist: Das Werk Walther's würde am Beßten ganz vergessen. Selbst mit de Wal's Berichtigungen ist dasselbe, besonders für den Unkundigen, äußerst gefährlich.

Da indessen der Mangel einer zuverlässigen Literärgeschichte wol Manche treiben wird, sich Raths bei Walther zu erholen, so mag man wenigstens die Stintzing'sche Mahnung zur Vorsicht nicht vergessen. Und diese Vorsicht muß sich auf jeden Satz, ja auf jedes Wort erstrecken, sie wird also den Aufwand eigener Arbeit und Mühe nicht vermindern, eher erhöhen.

Die de Wal'sche Schrift dagegen bewahrt einen selbständigen wissenschaftlichen Werth durch die vielen interessanten Notizen und Früchte sorgfältiger Detailstudien, welche der Vf. in ihr niedergelegt hat.

Ueber Vacarius, insbesondre die Brügger und die Prager Handschrift desselben.

Von

Herrn Adolf Stölzel in Cassel.

Im Jahr 1817 erhielt Wenck in Leipzig einen handschriftlichen Folianten zum Kaufe angeboten, dessen Ursprung dem Verkäufer unbekannt war. Wenck entdeckte darin ein nur sporadisch in ältern Quellen erwähntes Werk des Vacarius, desjenigen lombardischen Juristen, welcher c. 1145, also etwa kurz nach der Zeit des Irnerius das römische Recht nach England überführte. Dieses Werk und sein Verfasser waren bis dahin so wenig bekannt gewesen, daß man vielfach die Existenz des einen wie des andern angezweifelt hatte. Daneben war in Folge eines ungenauen Auszugs aus einer normannischen Chronik, welche zuerst des Vacarius Erwähnung thut, der Irrthum entstanden, als sei Vacarius und ein Abt des Klosters le Bec in der Normandie die nämliche Person.

Wenck legte die Resultate seiner Forschungen, soweit sie die Person des Vacarius und die sonstigen von dessen Werke damals bekannten Handschriften betrafen, in seiner lateinisch abgefaßten Schrift: Magister Vacarius, primus juris romani in Anglia professor, Lipsiae 1819, nieder, dann ließ er im folgenden Jahre dieselbe Schrift als Einleitung seines ausführlicheren, mit gleichem Titel versehenen Excurses drucken, welcher eine nähere Beschreibung des ihm zugeführten Codex sowie Auszüge daraus,

in den Zusätzen aber namentlich eine Vergleichung seines Codex mit dem Prager und zum Theil mit dem Königsberger Vacarius enthält. Später (1821) lieferte Wenck noch weitere Nachträge in der Leipziger Literaturzeitung, in denen besonders das Verhältniß des Königsberger zum Leipziger Codex besprochen wird [1]).

Von Handschriften des Vacarius nennt Wenck außer der seinigen überhaupt vier, nämlich:

1) den im Katalog der Bibliothek des Antonius Augustinus, Bischofs von Tarragona († 1586), genannten vermuthlich originalen Codex des Vacarius mit folgender Bezeichnung: Incerti auctoris breviarium sive excerpta ex enucleato jure Digestorum et Codicis pauperibus Anglicis destinata ac novem libris comprehensa. Regulae juris.

Die Bibliothek des Augustin ging in den Escurial über. Daselbst verbrannte wahrscheinlich mit zahlreichen andern Handschriften auch die des Vacarius (Hugo, civil. Mag. V, 24 flg.). Daß sie sich in neuerer Zeit dort nicht mehr befindet, ergibt Hänel, catol. libr. manuscr. Lips. 1830.

2) einen Codex des Klosters le Bec, bei Montfaucon beschrieben als: Libri ex universo enucleato jure excepti et pauperibus praesertim destinati. Sequitur ordinem codicis Justiniani. Auctor est Rogerius, abbas Becci septimus.

Le Bec wurde c. 1050 als Benedictinerabtei von Herluin, einem Blutsverwandten des flandrischen Fürstenhauses, am Zusammenfluß des Bec und der Rille eine Meile von Brionne (also in der Nähe von Rouen im Departement Eure), gegründet. Nicht lange nach der Stiftung ließ sich Lanfrancus aus Pavia, der mit einem Comitat von juristischen Schülern aus Italien nach der Normandie gezogen war, in le Bec als Mönch nieder.

---

[1]) Auf diesen von Wenck gegebenen Grundlagen beruht im Wesentlichen, was Savigny, Gesch. IV, Cap. 36 berichtet. Er spricht (1826) den meines Wissens unbeachtet gebliebenen Wunsch aus, daß die Handschriften des Vacarius benutzt und Auszüge aus ihnen mitgetheilt würden. Wenck hat sich auf den Abdruck der Vorrede beschränkt, bekennt aber nachträglich in der Literaturzeitung Nr. 274, daß Nützlicheres hätte ausgehoben werden können. Der 19., 20. und 23. Titel aus dem 8. Buche des Vacarius nebst Glossen ist nach der Brügger Handschrift abgedruckt bei Stölzel, Lehre von der operis novi nunc. und dem interd. quod vi aut clam pag. 592—620. Diese Titel werden genügen, einen Begriff von dem Werke des Vacarius zu geben.

Durch ihn, den spätern Erzbischof von Canterbury, sowie durch die zu gleicher Würde emporgehobenen Aebte von le Bec, Anselmus und Theobaldus, trat das Kloster, berühmt durch seinen Reichthum und seine Juristenschule, in innige Verbindung mit England (s. die Citate bei Stölzel, o. n. n. S. 594). Heutzutage ist Bec nur ein kleiner Marktflecken von kaum 700 Einwohnern. Das Kloster verschwand.

Dieselbe Aufschrift, welche nach der Bemerkung Montfaucon's der Beccer Vacarius getragen haben mag, findet sich:

3) beim Codex der Prager Dombibliothek, nur steht hier „praecipue" statt „praesertim". Endlich führt Wenck:

4) einen Codex in Königsberg an.

Von diesen vier Handschriften hat Wenck keine gesehen. Die Königsberger benutzten aber Mühlenbruch (observ. juris rom. I, 36; Arch. f. civ. Pr. II, 390. 445) und Dirksen (Abhandl. I, 315 flg.). Auf ihre Bemerkungen und auf die Mittheilungen, welche ihm Kellinghusen über die Prager Handschrift zukommen ließ, stützte dann Wenck das gewiß richtige Urtheil, daß sein Codex jünger als der Prager, aber älter als der Königsberger sei. Letzterer verliert auch ganz abgesehen von seiner Entstehungszeit dadurch an Werth, daß er um mehr als die Hälfte defect ist (es fehlen lib. III, cap. 27—41, lib. IV. V. VI; lib. VIII, cap. 40—71 & lib. IX. cf. Wenck p. 315) und daß er keinerlei Glossen hat, weil der Abschreiber entweder in gänzlichem Mißverständniß des Planes des Vacarius die Glosse als müßiges Beiwerk hinwegließ, oder weil der Abschreiber, mit der Abschrift des Textes beginnend, seine Arbeit nicht vollendete.

Die Prager Handschrift kannte auch Savigny und zwar als die einzige aus eigner Anschauung. Er nennt aber außer den von Wenck bezeichneten vier Handschriften:

5) die nach einer brieflichen Nachricht von Keller in der Stadtbibliothek zu Brügge befindliche „Summa pauperum in legibus", und:

6) den von Sander (bibl. belg. Insulis 1641 IV, 178) erwähnten „Liber incerti authoris inscriptus: Summa Pauperum de Legibus" aus der bibl. monasterii Dunensis in Flandria (worin Savigny ein Kloster zu Dünkirchen vermuthet).

Zugleich bemerkt Savigny, vom gegenwärtigen Dasein der Handschriften des Augustin, des Klosters le Bec und des Klosters

in Flandern finde sich keine Nachricht, es lasse sich daher auch nicht bestimmen, ob sie vielleicht alle oder zum Theil mit den als zu seiner Zeit vorhanden nachgewiesenen identisch seien; man könne namentlich zu glauben versucht sein, die Handschrift des monast. Dunensis sei die jetzige Brügger.

Gegen die letztere Annahme scheint zu sprechen, daß die Brügger Handschrift den Titel trägt: Summa pauperum in legibus, die bei Sander erwähnte Handschrift aber den Titel: S. p. de legibus. Und doch läßt sich mit Evidenz die Identität beider Handschriften darthun.

Das monasterium Dunense ist nicht ein Kloster in Dünkirchen, sondern das monasterium Sctae Mariae de Dunis, das Kloster der heil. Jungfrau in den Dünen, nordwärts von Furnes am Meeresstrande gelegen. Es wurde 1107 als Benedictinerkloster von einem Franzosen gestiftet und nahm später die Cistercienserregeln an. Durch das Meer zerstört, siedelte es 1627 nach dem benachbarten Brügge über (s. d. Citate bei Stölzel a. a. O. S. 593; auch Kervyn de Lettenhove, memoires de l'acad. de Belg. tom. 25, letzte Abhandlung). Ende des vorigen Jahrhunderts confiscirten die Franzosen das Klostergut und überwiesen die kostbare Klosterbibliothek der Stadt Brügge [2]).

Wenn nun ferner die Handschrift des Augustin verloren, und wenn ebenso die Handschrift von le Bec mit dem Kloster untergegangen oder, wie das Wahrscheinlichere, mit der jetzigen Prager Handschrift identisch ist, so mindern sich dadurch die jetzigen Handschriften auf die Brügger, die Prager, die Wenck's und die Königsberger. Von Leipzig ist die Handschrift Wenck's nach Dorpat übergegangen (s. Sav. Gesch. 2. Afl. IV, 423); dortigen Gelehrten verdanke ich die Mittheilung, daß sie sich nicht mehr vorfindet; sie müsse mit dem Haubold'schen Nachlasse nach Dorpat gekommen sein, welchen Clossius in frühern Jahren mit

---

[2]) Die Annahme der Identität des Vacarius Brugensis mit dem Dunensis bestätigt mir jetzt der Brügger Bibliothekar Laude unter Berufung auf den von ihm edirten catalogue des Mss. Bruges 1859. De Moor. Wenn daher in der themis ou biblioth. du juriscons. V, 313 flg. Sander der Unvollständigkeit und Oberflächlichkeit geziehen wird, weil er neben dem Vac. Dunensis den V. Brugensis nicht erwähnt, so fällt der Vorwurf auf den Verfasser jenes Artikels zurück.

vieler Sorgfalt gesichtet habe; möglich wäre, daß er dieselbe für seine Privatbibliothek erworben.

Bei dem üblen Zustande der Königsberger Handschrift (K) werden somit aus den 7 erwähnten Handschriften zwei allein brauchbare und zugängliche, die Brügger (B) und die Prager (P). Dabei ist freilich kaum zu zweifeln, daß die Wenck'sche Handschrift noch vorhanden ist, und wohl auch, daß in England anderweite Handschriften des Vacarius existiren.

1. Aeußeres.

Bei B fehlen die ersten beiden Blätter bis auf zwei unregelmäßig abgeschnittene etwa fingerbreite Streifen. Dann folgen 143 vollständige (Folio-)Blätter. Vom 144. Blatte sind zwei Drittheile vertical abgeschnitten; auf der Vorderseite des restirenden Drittels steht der letzte Theil des Index, welcher außerdem das ganze vorletzte Blatt füllt und auf der letzten Hälfte der zweiten Seite des drittletzten Blattes fast unmittelbar unter dem Texte beginnt. Die letzten $1^1/_3$ Blatt sind als besondre Lage geheftet; die übrigen Lagen halten beinahe durchgängig 8 Bogen (16 Blätter); nur im 4. Buch kommen drei abweichende Lagen (von 2, 5 und $4^1/_2$ Bogen) vor, ohne daß jedoch im Verlaufe des Textes eine Lücke wäre; auch bildet die erste Lage einschließlich der ausgeschnittenen beiden Blätter 6 Bogen.

Die Verstümmelung des letzten Blattes hatte sicher keinen andern Zweck, als das leergebliebene Stück Pergament zu benutzen; die Entfernung der ersten beiden Blätter kann diesem Zwecke nicht gedient haben, weil die beiden Blätter ausweislich der an ihren Resten sichtbaren Schrift vollständig beschrieben waren. Jene Reste sind ungeachtet ihrer Unscheinbarkeit von bestimmendem Einfluß für unser Urtheil über den Werth des B, was unten (s. 3.) dargethan werden soll.

Die Blätter des B mögen vor dem neuern Einbinden ungefähr dieselbe Größe gehabt haben wie die Blätter des P. Letztere, 209 an Zahl, sind erheblich feiner als bei B. Obwohl sodann die Textschrift bei B größer als bei P, die Art der Abbreviaturen aber bei beiden ziemlich dieselbe ist, enthält doch P auf 209 Blättern nicht mehr wie B auf 144. P hat nämlich um den Text, der wie bei B zweispaltig ist, bei weitem mehr freien Raum als B.

Auf dem untern Rand der ersten Seite des B unmittelbar unterhalb des Textes ist ein oblonges Stück Pergament mit den Worten „Summa pauperum in legibus" aufgeklebt. Schon Savigny (Gesch. IV, 359) bemerkt, daß diese Aufschrift neuern Ursprungs ist. Den neuern Ursprung beweist die abweichende Schrift. Rechts in der Ecke des aufgeklebten Stückes steht die Zahl 135, möglicherweise die Nummer der Bibliothek des Dünenklosters, auch findet sich hinter dem Worte legibus ein aufgedrückter Stempel in Form eines kleinen Sternes, der vielleicht ebenfalls auf den Ursprung der Handschrift zurückweist. Er kehrt auf der Rückseite des letzten (vollständigen) Blattes wieder. Muthmaßliches Alter der Schrift, Stempel und Nummer machen es wahrscheinlich, daß die Inscription Summa pauperum in legibus aus der Zeit vor Sander (1641) stammt, daß also letzterer aus Versehen S. p. de l. schrieb, nicht daß nach Sander aus Versehen S. p. in legibus geschrieben wurde. Uebrigens hätte man nach der regelmäßigen Ausdrucksweise Summa p. in leges zu erwarten (z. B. Hostiensis summa in decretales: Sav. IV, 219, Note 27; Placentini summa in tres libros: das. 241, Note 69). Die Bildung des Titels „Summa pauperum in legibus" mag daher einer Zeit angehören, in welcher die ursprüngliche Ausdrucksweise nicht mehr geläufig war. Bereits gegen Ende des 12. Jahrh. alsbald nach ihrem Erscheinen war die berühmteste Summa, die Placentin's in codicem, jenseits des Kanals bekannt: Benedict, abbas coenobii Burgensis (1177 — 1193) ließ sie für sein Kloster abschreiben (Sav. Gesch. IV, 235). Sie war aber auch in der Schule des Vacarius im Gebrauche; denn einzelne Glossen der Wenck'schen Handschrift sind fast wörtliche Wiederholungen aus der Summa Placentin's. Aehnlich erging es der spätern sehr berühmten Summa Azo's. Diese bildet die sehr erkennbare Grundlage von dem tractatus des Engländers Henricus Bracton (s. Güterbock, Henricus de Bracton, 1862). Wir werden daher kaum irren, wenn wir annehmen, daß man im Anschluß an diese Summen, und zwar in nicht allzu kurzer Zeit danach, dem Brügger Vacarius den Titel Summa pauperum gab. Von Vacarius selbst kann der Titel nicht herrühren, da nach Odofred's Zeugniß (Sav. Gesch. IV, 189) die Summa des Rogerius die erste Summa war und diese keinenfalls vor dem Werke des Vacarius entstand (sie fällt nach 1150.

Sav. Gesch. IV, 174). Außerdem paßt für letzteres der Name Summa überhaupt nicht; denn Summen sind im Gegensatz zu Glossen und Commentaren selbstständige systematische Bearbeitungen (Sav. das. IV, 189); zu solchen wird aber der wortgetreue Auszug des Vacarius aus Pandecten und Codex nicht gerechnet werden wollen.

Den richtigen Titel deutet die erwähnte Notiz über den Codex des Augustin und über den des Klosters Bec, sowie die Anfangsworte des Prager Codex an: incipit prologus libri ex universo enucleato jure excepti et pauperibus praecipue destinati (so auch Wenck pag. 65): Vacarius scheint danach sein Werk einfach als „liber ex universo enucleato jure exceptus (excerptus?)[3]) oder „breviarium ex enucleato jure" bezeichnet zu haben; ob er die Worte „et pauperibus praecipue destinatus" oder „pauperibus Anglicis destinatā" selbst zufügte, kann zweifelhaft bleiben. Im Wenck'schen Codex (W) fehlt der Titel.

Während B am Anfang defect ist, ist dies P am Ende. P schließt mit einem ähnlichen Reste eines abgeschnittenen Blattes, wie B mit zwei solchen Resten beginnt. Anscheinend hat P hinter dem ausgeschnittenen Blatte Weiteres nicht enthalten. Der übriggebliebene Streifen des letztern zeigt Spuren von Randglossen. Die Schlußworte von P sind Aliud fraus est aliud pena . . . Fraus enim, d. h. der Anfang der l. 131 de V. S. Hinter diesen Worten hat B fast noch volle acht Spalten; diese können auf dem einen ausgeschnittenen Blatte des P nicht gestanden haben.

Die ersten beiden Blätter des P, einen von den folgenden Lagen des Bandes getrennt gehefteten Bogen bildend, sind benutzt worden, um den Index aufzunehmen. Dieser rührt von späterer Hand her, als der übrige Codex. Er füllt das ganze erste Blatt und 1⅓ Spalte vom zweiten. Den Schluß bildet (wie bei W) „De bonis prescriptorum seu dampnatorum" (l. 2 & 7 Cod. h. t.).

Auf der nächstfolgenden Zeile beginnt folgende Weissagung:

---

[3]) So und nicht excerptus (wie bei Augustin) steht bei Montfaucon und in P. Dieser wohl auffällige Umstand möchte auch für die Identität des Beccer und Prager Codex sprechen (s. jedoch Sav. Gesch. II, 132).

cuidam monacho cisterciensis ordinis abbate et conventu presentibus | apparuit manus scribens in corporali. hec verba. Cedrus alta | libani succidetur. mars prevalebit saturno et iovi. saturnus | in omnibus insidiabitur iovi. infra novem annos erit unus deus | secundus obiit. filii liberabuntur a captivitate. quedam gens | sine capite et repudiatu veniet a clero. viget unus ordo. Si | ceciderit. ve ecclesie. multa prelia erunt in mundo. Fidei. legum. | et regnorum mutaciones erunt. et tota terra saracenorum subvertetur.

In den Cistercienser Annalen habe ich vergeblich nach dieser Weissagung gesucht. Möglicherweise hängt sie mit dem 3. Kreuzzuge (1189 bis 1192) und mit der in dessen Anlaß intendirten Vereinigung der griechischen und römischen Kirche zusammen. Auch ist wohl sicher, daß zu der Zeit, in welcher die Weissagung dem P einverleibt wurde, mindestens ihre Unwahrheit nicht feststand; denn was hätte bestimmen sollen, eine Weissagung mitzutheilen, die unerfüllt geblieben war? Da nun der 3. Kreuzzug den gehofften Sturz des Saracenenreichs nicht herbeiführte, vielmehr 1204 die Eroberung Constantinopel's, so mag die Weissagung aller Wahrscheinlichkeit nach vor 1204 eingeschrieben sein. Mithin existirte P damals schon.

An die Weissagung schließt auf der folgenden Reihe eine Glosse zu l. 2 Cod. de libertis et eorum liberis an. Sie hat mit dem Werke des Vacarius nichts zu schaffen, da dieses den Titel d. lib. & eor. lib. (6, 7) gar nicht enthält. Ueber die Urheber dieser Glosse habe ich nichts ermittelt. Dann folgt, auf der nächsten Reihe beginnend, eine Verordnung Johann's ohne Land (1199—1216), welche dem Bischof Johann von Norwich das Privileg einer vierzehntägigen feria vorbehaltlich der Rechte des Grafen Wilhelm von Arundel und der Stadt London ertheilt.

Die Verordnung ist mit einer sonst im P nicht vorkommenden besonders verschnörkelten ziemlich großen Schrift geschrieben. Darunter steht von moderner Hand: Joh. rex Angl. an. 1199—1216.

Aus Rymer (foedera, convent., literae et cujusque generis acta publ. inter reges Angliae et alios quosvis ab in-

eunte saec. XII. Londini 1727) erhellt, daß Wilhelm, Graf von Arundel (Sussex) in Urkunden der Jahre 1199 — 1217 mehrfach genannt wird, daselbst (tom. I, pag. 187) tritt auch im J. 1214 der Bischof Johann von Norwich auf. Letzterer war ein vertrauter Rath des Königs Johann und einer seiner Oberrichter; er wurde von Thomas Becket's Nachfolger, dem Erzbischof Richard c. 1170 zum Bischof geweiht (actus pontificum cantuar. in hist. angl. scriptores decem. Lond. 1652, pag. 1674); später vom Könige zum Erzbischof von Canterbury empfohlen (Histoire d'Angleterre par Mr. de Rapin Thoyras tom. II. A la Haye 1724, p. 303), wurde er auch gewählt (1205), aber vom Papste verworfen; durch seine eigennützigen Rathschläge verwickelte er den König in hartnäckigen Streit mit der Kirche, der am 23. März 1208 das Interdict für den König zur Folge hatte (Lingard, Engl. Geschichte. 1827. III, 22. 23).

Es ist nicht ungewöhnlich, daß Privilegien, um den möglichen Untergang ihrer Originalurkunde unschädlich zu machen, von den Interessenten in beliebige Codices eingeschrieben wurden. Dies erwogen, darf man vermuthen, daß P im Anfange des 13. Jahrh. sich im Besitze von Untergebenen des Bisthums Norwich befand.

Auf den englischen Ursprung des P[4]) verweist direct die zu den Worten aliorum maleficiorum der l. 16, §. 10 d. poenis (fol. 205[b] links) an den Rand gesetzte Glosse: ut in anglica furta gravius puniuntur propter consuetudinem, nec putet quisquam hoc graviter adversus eos statutum, cum nec nunc quidem abstineant ab his fraudibus ut supra naute ca. gl. maxima (d. h. l. 1 §. 1 Dig. 4, 9), ut unius pena metus sit multorum.

Und daß P in einem Kloster entstand, ergeben zahlreiche auf geistliche, besonders aber mönchische Angelegenheiten Bezug ha-

---

[4]) Man kann hierher auch wohl die Glosse zu vivariis in l. 3 §. 14 D. 41, 2 (fol. 148) ziehen: parvis claustris sive parc; doch ist die Form parc für das lateinische parcus und das italien. parco (= pfarrich, Pferch) nicht lediglich in England, sondern auch in Frankreich üblich. s. Diez, etymolog. Wörterb. der roman. Spr. I. pag. 306.

hende Glossen [5]), von welchen einige [6]) sich auf den in der ersten Hälfte des 12. Jahrh. ausgebrochenen Streit der Benedictiner (schwarzen Mönche) gegen die Cistercienser (weißen Mönche) beziehen. Die Cistercienser waren aus dem Benedictinerorden ausgetreten, um die Regel Benedict's zu ihrer alten Reinheit zurückzuführen; sie legten zur Unterscheidung von den Benedictinern die weiße Kutte an. Da jene Glossen des P gegen die weißen Mönche gerichtet sind, müssen sie von Benedictinern herrühren. So werden wir auf die Frage nach dem Ursprung des P in ein Benedictinerkloster des Bisthums Norwich verwiesen. Das Bisthum Norwich gehört zum Erzbisthum Canterbury; wenn die Erzbischöfe von Canterbury gerade in der Mitte des 12. Jahrh. in nächster Beziehung zu den Benedictinern le Bec's standen, dann ist eine gleiche Beziehung zwischen letztern Benedictinern und den Benedictinern von Norwich wahrscheinlich. Nimmt man dazu die Uebereinstimmung der Titelbezeichnung des P und des ehemals Bec'schen Vacarius, so läßt sich die Identität beider wenigstens vermuthen. Ein Versuch, diese Vermuthung weiter zu begründen, ist mir nicht gelungen; meine Anfrage in Prag, ob man dort über die Herkunft des P, namentlich über den kaiserlichen Notar und Prager Cleriker Johannes Bebtan de Z(?)impanis Etwas wisse, welcher ausweislich der in P eingetragenen Dedication die Handschrift dem Prager Domcapitel geschenkt hat, ist ohne Erfolg geblieben, ebenso meine Anfrage an competenter Stelle in Paris über das Schicksal der Klosterbibliothek von le Bec.

Auch B scheint in England geschrieben zu sein; dafür spricht, daß sich unten am Rande des Titels de hered. instit. im 6. Buche mit halb verlöschter Schrift die mit dem Texte in keiner Beziehung stehenden Worte finden:

hiche of wicumbe
hekan weltumbe,

und ferner daß beim Titel de divers. rescr. et pragm. sanct. des 1. Buchs (Cod. 1, 23) (rechts unten am Rande) der Aus-

---

[5]) Z. B. fol. 37 a rechts oben zu l. 2 C. 2, 10; fol. 108 b links, 2. Glossenspalte, vorletzte Glosse zu l. 9 §. 6 D. 39, 4; fol. 101 b links, Randmitte, zu l. 25 §. 6 D. 19, 2; fol. 6 b zu l. 2 D. 2, 4; fol. 172 b links, Randmitte, zu l. 7 §. 3 D. 43, 24; fol. 173 a rechts unten zu l. 4 D. 39, 1.

[6]) Z. B. fol. 43 a rechts zu l. 3 D. 2, 2 und fol. 135 a links oben zu l. 10 D. 29, 2.

zug einer von Alexander III. im J. 1170 an den Erzbischof von York (Roger) gerichteten Decretale mitgetheilt wird:

> Alex. III. comm. hug. Nos certitudinem cause tenentes literas illas sub veri saturitate impetratas penitus evacuamus et eas nullas vires habere decrevimus.

High und Wycombe sind zwei auf der alten Straße zwischen London und Oxford gelegene Orte. Ein daher stammender Schüler mag den Reim, dessen weitere Bedeutung ich nicht kenne, aus Spielerei in sein Buch geschrieben haben.

Jene Decretale aber steht in Verbindung mit l. 5 Cod. 1, 23, wie sich aus dem Wenck'schen Vacarius ergibt, welcher bei der l. 5 cit. bemerkt: argumentum pro decano eboracensi (York). Papst Honorius hatte dem Erzbischof Roger von York und seinen Nachfolgern gestattet, per totam Angliam ante se crucem deferre; dies bestätigte anfänglich Alexander III., auf Protest des Erzbischofs von Canterbury (Thomas Becket) verbot er jedoch später dem Yorker Erzbischof, „ne in provincia cantuariensis (Canterbury) ecclesiae, donec de causa cognosceretur, ante te deferre crucem aliqua ratione auderes.“ Im Jahre 1170, dem Jahre der Versöhnung zwischen König Heinrich II. und Thomas Becket, des Papstes Schützling, wurde letzteres Verbot wieder zurückgezogen:

> Nos volentes tibi tanquam venerabili fratri nostro deferre et jura tua integra et illibata servare praesentibus litteris statuimus, quod litterae prohibitionis nullum tibi praejudicium faciant, quominus tibi . . . liberum sit ante vos per totam A. deferre crucem, quousque definitiva sententia decernatur an ecclesia tua de jure hoc debeat facere.

So lautet der Schluß der von Böhmer im Anhang seines corp. jur. can. II. tit. 55 c. 3 aus dem Cassler Codex vollständig mitgetheilten Decretale Alexander's III. Dieselbe ist mit theilweis verändertem Wortlaut in die Sammlung Gregor's IX. als c. 1 X 2, 16 übergegangen. Bei B tritt sie wiederum in anderm Wortlaute auf; hier ist in möglichster Kürze nur der Kern der Sache gegeben, die Aufhebung des Verbots. Was mit der Abbreviatur comm. hug. gemeint ist, weiß ich nicht, möglicherweise ist hug verschrieben für rog, so daß die Abbreviatur

den Adressaten kenntlich machen soll; jedenfalls ist aber damit keine der bekannten Decretalensammlungen bezeichnet, welche zwischen die Publication des decr. Gratiani (1150) und die Sammlung Gregor's (1234) fallen; denn jene Decretale Alexander's III. findet sich ausschließlich in der nach 1210 verfaßten (s. Richter, Kirchenr. 5. Afl. S. 118) s. g. compilatio secunda (cf. corp. jur. can. Colon. 1696 Note c zu decr. Greg. pag. 242) und B enthält, wie wir unten sehen werden, nur Citate aus dem decr. Gratiani, keine aus spätern Sammlungen, namentlich nicht aus der 1191 vollendeten, in P sehr häufig citirten compilatio prima; als einziges Beispiel einer Decretale extra decretum Gratiani habe ich unsre Decretale von 1170 gefunden.

Das Natürlichste ist daher anzunehmen, derjenige, welcher letztre Decretale als Glosse bei B eintrug, habe dieselbe nicht aus einer Sammlung, sondern aus directester Quelle geschöpft, d. h. in England selbst als Untergebener des Erzbischofs von York. Für einen solchen allein war die Decretale von Interesse, nicht für Untergebene des Erzbisthums Canterbury; deshalb fehlt jede Hinweisung auf sie in P. Berücksichtigt man nun ferner, daß im J. 1164 Alexander III. ein commissoriale „ad abbatem de Fontibus et magistrum Vacarium“ [7]) richtete (s. Wenck l. c. p. 41 flg.), welches den Vacarius im J. 1164 als Mönch des Klosters Wells (Fontes) [8]) vermuthen läßt, daß ferner das Kloster Wells im J. 1132 als Cistercienserkloster von Benedictinern aus der Stadt York gestiftet wurde, und daß das Dünenkloster in Flandern gleichfalls ein Cistercienserkloster war, so mag B ein im Erzbisthum York gewesenes, nach Flandern gewandertes Exemplar sein, wie P nicht unwahrscheinlich aus dem Erzbisthum Canterbury über le Bec nach Prag gelangte.

---

[7]) Daß Vacarius nicht selbst etwa der Abt, erhellt aus Simeonis Dunelmensis histor. in den scriptores decem pag. 274 sq.

[8]) Wenck verlegt das Kloster in den südlichen Theil von England, in die heutige Stadt Wells, Grafschaft Somerset (l. c. pag. 45). Aber diese Grafschaft und die Stadt Wells gehören zum Erzb. Canterbury; das Erzb. York beschränkt sich auf die vier nördlichen Bisthümer Englands. Bromtoni (script. 10 pag. 1028) und Manrique (Cistercienser Annal. I, 126) berichten nur, daß Erzb. Thurstan v. York den Mönchen eine unbewohnte abscheuliche Gegend, Fontes genannt, für das neu zu gründende Kloster eingegeben habe; wo sie gelegen, wird nicht gesagt.

Wenn Vacarius aus dem Erzbisthum Canterbury, aus Oxford, wohin ihn der Erzbischof Theobald gebracht hatte, als Mönch in ein Kloster des Erzbisthums York ging, so führt das auf die Annahme, Vacarius sei von einem Anhänger des Erzbischofs v. Canterbury zu einem solchen des Erzbischofs v. York geworden. Und in der That findet sich hierfür ein directes Zeugniß: ein weiteres Commissoriale Alexander's III. von 1170 scheint ihn als Canonicus des Erzbischofs Roger zu nennen (Wenck, Litt. Ztg. a. a. O. S. 2184. Sav. Gesch. IV, 358)[9]). Dadurch fällt ein gewisses Licht auf den Antheil des Vacarius an den damaligen Zeitereignissen. Theobald lag in Streit mit dem König Stephan und namentlich mit dessen Bruder, dem päpstlichen Legaten; die großen Mißhelligkeiten zwischen Beiden (discordiae inauditae) führten Rechtsgelehrte nach England und Theobald holte zu seiner Unterstützung gerade den Vacarius herbei (Wenck l. c. p. 9 sq.). Selbstverständlich stand also dieser bei seiner Ankunft in England auf Seiten Theobald's. Wie energisch sich Vacarius seines Gönners angenommen hat, beweist die Thatsache, daß König Stephan dem Vacarius zu lehren verbot und Auslieferung aller civilistischen Handschriften verlangte, um das römische Recht zu unterdrücken (das. p. 28 sq. Sav. Gesch. IV, 357). Dies Verbot trat sehr bald außer Wirksamkeit, dem Anscheine nach mit der Thronbesteigung Heinrich's II. (1154), jedenfalls nicht später. Da kein Grund ersichtlich, weshalb Stephan selbst das Verbot zurückzog, dürfen wir vermuthen, König Heinrich habe es annullirt. Er stand mit Erzbischof Theobald in naher Beziehung, namentlich machte er dessen Schützling Thomas Becket zu seinem Canzler; nicht zu verwundern wäre es daher, wenn er dem Vacarius die Lehrfreiheit zurückgab. Theobald starb 1162; nun glaubte König Heinrich die Zeit gekommen, seinem

[9]) „magister vicarius et magister Angelus", wo vicarius nicht unwahrscheinlich gerade wie im Commissoriale v. 1164 für vacarius steht. Die entscheidenden Worte, wonach der Erzbischof von Rouen dem Roger cum duabus melioribus personis ecclesiae suae oder cum duobus aliis de canonicis suis, qui vita etc. non habeantur inferiores magistro vicario et magistro Angelo einen Reinigungseid abnehmen soll, lassen freilich auch die Annahme zu, daß Vac. und Ang. auf Seiten des Becket standen und daß, um ihnen ein Gegengewicht zu bieten, zwei gleich vortreffliche Männer als Eideshelfer des R. verlangt wurden.

schon früher gefaßten Plane gemäß die Macht der Geistlichkeit zu stürzen; seinem bisherigen Vertrauten Thomas Becket übertrug er das Erzbisthum Canterbury. Bald brach aber zwischen dem König und dem Erzbischof der Kampf aus; letzterer flüchtete 1163 nach Frankreich und 1164 finden wir Vacarius im Kloster. Er scheint also dem Könige treu geblieben zu sein, sich aber aus den Stürmen zurückgezogen zu haben.

2. Innere Oeconomie.

Die wahre Bedeutung der von Vacarius in seinem Werke befolgten Oeconomie ist von den bekannten Handschriften allein aus P und der Beschreibung Wencks nach auch aus W, nicht aber aus B und R ersichtlich.

P und W stimmen in der innern Anlage der Hauptsache nach überein.

Wie Vacarius in der Vorrede angibt (s. unten 3), vertheilte er den ihm in den justin. Rechtsbüchern gegebenen Stoff so, daß er Einiges als Text, Andres als Glossen zum Texte behandelte. Diese Glossen bilden neben den beiden Textesspalten regelmäßig eine an der vordern Blattseite herlaufende schmälere Spalte, zwischen welcher und dem Texte ein leerer Raum ist; je nach Bedürfniß ist auch der Raum oberhalb des Textes, in sehr seltenen Fällen auch der unterhalb für die Glossen in Anspruch genommen. Die Schrift der Glossen ist nur unbedeutend kleiner als die des Textes. Zu diesen Glossen, wie zum Texte selbst treten außerdem bei P und W weitere, äußerst klein geschriebene, nicht von Vacarius selbst herrührende Nebenglossen in größter Zahl. Sie finden bei P ihren Platz rings um den Haupttext und um die größern Glossen, namentlich auch zwischen der Textesspalte und der Hauptglossen-Spalte, so daß meist die einzelne Seite eine sechsspaltige Schrift aufweist: nämlich (von der Stelle an gerechnet, wo das Blatt eingeheftet ist): 1. Spalte kleingeschriebene Glosse, 2. und 3. Spalte Haupttext, 4. Spalte kleingeschriebene Glosse, 5. Spalte größergeschriebene Glosse, 6. Spalte kleingeschriebene Glosse. Dazu kommt vielfach eine Interlinearglosse zwischen den Zeilen des Textes und zwischen denen der Hauptglossen.

Sämmtliche Schrift des P ist sehr exact und deutlich, selbst die Interlinear- und kleinstgeschriebenen Randglossen sind von

wunderbarer Klarheit. Sie beweisen jedenfalls eine rechtskundige Feder. Die verschiedene Schwärze der Tinte und auch der sachliche Inhalt der kleinen Glossen lassen darüber keinen Zweifel, daß die einzelne Glosse häufig verschiedenen Zeiten ihre Entstehung verdankt und daß an den ursprünglichen ersten Satz später weitere Sätze angefügt sind.

Um zu bezeichnen, auf welche Worte die betreffende Glosse sich bezieht, ist folgendes Verfahren in P eingehalten. Die von Vacarius herrührenden Hauptglossen sind mit rothen Buchstaben a, b, c u. s. w. versehen und diese Buchstaben kehren innerhalb des Textes wieder. Der Umstand, daß sie in richtiger alphabetischer Folge durch den Text jeder Seite hindurchlaufen, beweist, daß die Hauptrandglossen nicht nach einander beliebig entstanden und zugefügt wurden, das heißt, daß sie, wie sie jetzt dastehen, gleich bei der ersten Anlage des P vorhanden waren.

Anders verhält es sich mit den kleinern Nebenglossen. Jeder derselben ist zwar mit der größten Genauigkeit ein Zeichen vorgesetzt (z. B. ∸, ⫟, o- u. s. w.), welches sich im nächststehenden Texte oder in den nächststehenden Hauptglossen wiederholt, aber, wie die bereits erwähnte verschiedene Schwärze der Tinte, so thuen auch diese Zeichen und die Stellung der einzelnen Nebenglossen dar, daß sie **nach** Vollendung der Textes- und Hauptglossenschrift allmählich in den fertigen Codex eingetragen sind. Bald ist die der Natur der Sache nach sich bildende Reihenfolge der Zeichen (z. B. Strich mit einem, zwei, drei Punkten) durch eine Glosse mit heterogenem Zeichen unterbrochen, bald ist die jüngere Glosse um die ältere herumgeschrieben, bald ist ein Zusatz zur ältern Glosse, weil an ihrem Schlusse kein Raum mehr war, an den äußersten Rand der Seite verwiesen.

Einen Begriff von der Kleinheit der Glossenschrift wird es geben, wenn man erfährt, daß lediglich die Nebenglossen einer einzigen Seite, bei welcher noch der untere Rand handbreit unbeschrieben geblieben ist, einen vollen eng- und kleingeschriebenen Bogen unsres gewöhnlichen Papiers füllen. Nach meiner Schätzung würde der Druck sämmtlicher Nebenglossen des P etwa den Raum zweier starken Octavbände erfordern. Die Nebenglossen des W sind noch bei weitem ausgedehnter.

Wie der Text ausschließlich, so enthalten auch die Hauptglossen der Regel nach wörtlich aus dem corpus juris entnom-

mene Stellen. Selten findet sich unter den Hauptglossen ein Satz, welcher von Vacarius selbst herrührt. Die Stellen des C. J. kündigen sich als solche an durch einen Zusatz, wie ut D.[10]) e. l. si quis oder l. II, ut C. e. l. sancimus d. h. ut digestorum eodem, lex „si quis“, oder ut codicis eodem, lex „sancimus.“ Die von Vacarius herrührenden Stellen sind durch den Mangel jeden Zusatzes kenntlich.

Der eigentliche Text weicht nur insofern von seinem Originale, dem C. J. ab, als er mannichfach die Reihenfolge der Fragmente ändert, die Eingangsworte: Severus rescripsit und dergl. vielfach hinweglässt, auch die Bindepartikeln zwischen den einzelnen Stellen (Nam, autem, Sed, Et etc.) oftmals entfernt und sehr häufig die leges oder Paragraphen nur nach ihrem Cardinalsatze wiedergibt. Dabei werden jedoch stets die Worte der Quellen beibehalten.

Die Excerpte der Pandecten gehen in den einzelnen Titeln fast immer denen des Codex voraus, selten ist das Umgekehrte der Fall. Am Beginne der Pandectenexcerpte steht gewöhnlich ein „Ulp.“ oder „Gaj.“ oder dergl., am Beginne der Codexexcerpte regelmäßig ein „Impr.“ (= Imperatores). Im Uebrigen fehlen alle Inscriptionen. Fragment reiht sich an Fragment, nur geschieden durch eine rothe oder blaue Initiale, welche jedoch keineswegs immer genau mit der jetzigen Abtheilung der leges und Paragraphen des C. J. zusammentrifft. Ebenso sind die Hauptglossen bei P durch bunte Initialen geschieden. Zuweilen hat der Maler die letztern einzutragen versäumt. Die in den Glossen vorkommenden Citate mit „supra“ oder „infra“ schließen sich bei P an diese Initialen an, nicht etwa an den Text des C. J. Wenn also Vacarius die Eingangsworte einer lex hinwegließ, so enthält das Citat dieser lex diejenigen Worte, mit denen Vacarius in seinem Werke die betr. Stelle beginnt.

Die Eintheilung des Ganzen nach Büchern und Titeln, welche sich in der Hauptsache dem Codex anschließt, hat Wenck aus seiner Handschrift mitgetheilt. Er zählt in den 9 Büchern 485 Capitel auf. Im Wesentlichen stimmen hiermit P und B

[10]) Bei B läßt sich deutlich sehen, wie das durchstrichene D allmählich einem durchstrichenen ff ähnlich wurde, und so die irrthümliche Abbreviatur ff = Dig. entstand. Bei P wird man in dem für Dig. gebrauchten Zeichen kaum etwas Andres als ein ff entdecken können.

überein, obwohl B nur 468 und P nur 463 Capitel enthält. Diese Abweichung ist hauptsächlich dadurch entstanden, daß B und P mehrere Titel des W in einen zusammengefaßt. Ein äußerer Anlaß hierzu lag in der Art, wie die Titelüberschriften angefertigt wurden: der Schreiber ließ für dieselben gewöhnlich eine halbe Zeile frei, die dann der Maler mit rother Schrift auszufüllen hatte. Ebenso blieb eine solche halbe Zeile frei da, wo die jedesmaligen Digestenexcerpte aufhörten und die Codexexcerpte begannen. So war es leicht möglich, daß der Maler eine Titelüberschrift einzufügen vergaß oder daß er (zwischen Digesten und Codex) eine Titelüberschrift einschaltete, ohne daß sie dahin gehörte. Von sachlicher Bedeutung ist allein das Fehlen des Titels de verb. signif. bei W, während B und P, letzterer wenigstens bis zur l. 131, diesen Titel, jedoch ohne daß ihn P im Index aufführte, als Schluß des Ganzen haben; ferner das Fehlen des Titels de servo corrupto bei B, während P mit diesem Titel das 6. Buch schließt, W ihn aber 11 Titel früher (als 60. des 6. Buches) hat.

Die einzelnen Titelüberschriften stimmen bei B und P mit den von Wenck (pag. 161 flg.) mitgetheilten in ihrem Wortlaute nicht völlig überein. Bald nähern sie sich mehr den Ueberschriften des Codex, bald mehr denen der Digesten, bald weichen sie von beiden in einzelnen Punkten ab, während in den nämlichen Punkten W gerade dem Codex und den Digesten conform lautet.

Auch in den mitten über jeder Seite angebrachten Bezeichnungen der einzelnen Bücher stimmen B und P nicht überein. P hat durchgängig auf der linken Seite ein L (= Liber), auf der rechten römische von I bis IX fortlaufende Zahlen. Eben solche Zahlen hat B nur bis gegen die Mitte des 4. Buchs, von da ab folgen die nach Schönemann (Diplomatik) und Wailly (paléogr.) nicht vor dem 13. Jahrhundert[11]) gebräuchlichen Zeichen für arabische Zahlen von 4 bis 9. Die nämlichen letztern Zahlen stehen in den letzten $4\frac{1}{2}$ Büchern auf der Blatt-

[11]) Pertz im Frankfurter Archiv für ältere Gesch. V, 160 weist zwar eine Urkunde aus dem 12. Jahrhundert nach, worin arabische Zahlen vorkommen; aber die von ihm abgedruckten Zeichen sind den Schriftzügen nach jünger als die Zahlzeichen des B.

seite links da, wo P das L hat. In den ersten 4½ Büchern hat B statt des L abwechselnd ein P und S (nämlich erste 3 Blätter P, zweite 3 Blätter S, folgende 7 Blätter P, folgende 6 Blätter S, 8 Bl. P, 8 Bl. S); damit ist wohl die erste (Prima) und die zweite (Secunda) Hälfte der jedesmaligen Blattlage bezeichnet. An einzelnen Stellen steht bei B neben der rothen Zahl des betreffenden Buchs dieselbe Zahl mit fast verlöschter Tinte. Letztere Zahl ist jedenfalls die ursprüngliche, fällt aber deshalb nicht nothwendig mit der Anfertigung der Handschrift zeitlich zusammen. Sie verweist also die Entstehung des B nicht unbedingt in das 13. Jahrhundert. Auch ergibt die Vertheilung der Buchstaben P und S über den jetzigen ersten 6 Blättern des B, daß zur Zeit der Aufschrift des P und S bereits die vordersten zwei Blätter fehlten; denn sonst würden 5 P auf 3 S (nicht 3 P auf 3 S) fallen. Da nun die in der zweiten Hälfte des B übergeschriebenen arabischen Zahlen, wie eben erwähnt, aus dem 13. Jahrhundert stammen, so läßt sich schließen, daß auch die im ersten Theile übergeschriebenen P und S mindestens aus gleicher Zeit stammen, daß mithin schon damals die ersten beiden Blätter entfernt waren.

Häufig finden sich am Rande des P Spuren einer ausgelöschten, anscheinend flüchtigen Schrift. An einzelnen Stellen läßt sich dieselbe noch enträthseln. Hier ergibt sich, daß die Worte der ausgelöschten Schrift in den zunächst stehenden Glossen wiederkehrt, so daß diese ausgeführt enthalten, was die ausgelöschten Worte nur kurz andeuten. So steht z. B. im Titel ad leg. Aquil. (fol. 56ᵇ rechts unten) mit verlöschter Schrift: Que in collectione hujus modi fructuum fiunt ut D. e. und dasselbe steht unmittelbar darunter mit der üblichen Glossenschrift; ebenso am Anfang des Titels de sec. nuptiis (fol. 118ᵃ): h lex loquitur de nīa festi . . . . und darunter: hec lex loquitur de nimia festi mulieris nubentis ante tempus luctus; desgleichen im Titel de nuptiis: non importat necessitatem und daneben qui filiam exposuit . . . voto convenit i. e. conveniens est et non importat necessitatem. Mannichmal sind auch Randbemerkungen ausgetilgt, ohne daß an ihre Stelle andre getreten wären; so werden mit verlöschter Schrift die Textesworte der l. 2 §. 43 de orig. juris: turpe est patricis et causas oranti jus ignorare (fol. 5ᵃ) am Rande wiederholt, und den ganzen

untern Theil der nämlichen Seite, welche lediglich Excerpte aus der ebengenannten lex enthält, nimmt ein fast ganz verlöschter langer Satz ein, der mit dem Texte in keiner Beziehung zu stehen scheint.

Die ausgelöschten Randbemerkungen sind im Verhältniß zu den unversehrten benachbarten Glossen offenbar die ältern; sie wurden geschrieben, ehe die jetzigen Glossen geschrieben wurden, und verloren mit letztern ihre Bedeutung; deshalb konnten sie getilgt werden. Ihre Existenz dürfte aber im Zusammenhalte mit dem Zustande der jetzigen Glossen, welcher eine allmähliche Entstehung derselben ergibt, dafür den Beweis liefern, daß P eine dem Schulgebrauch gediente Originalhandschrift ist. Das Wahrscheinlichste wird sein, daß die ausgelöschten Stellen die vom Schüler beim Vortrage dem Munde des Lehrers entnommenen Notizen sind, die entweder derselbe Schüler nachträglich zu Hause sauber und ausgearbeitet mit exacterer Schrift in sein Exemplar eintrug oder die durch die Glossen späterer Lehrer, welche deren Schüler eintrugen, überflüssig wurden.

Auch Wenck berichtet, daß in seinem Codex die Glosse nach und nach zusammengeschrieben ist (l. c. pag. 136. 137); er vermuthet, sie sei von verschiedenen Besitzern der Handschrift aus andern Exemplaren, welche die schulmäßigen Interpretationen des Vacarius enthielten, zusammengetragen, will aber nicht widersprechen, wenn man annimmt, die Glossen seien beim Unterricht in einem französischen oder normannischen Kloster entstanden. Mir scheint unbedingt die letztere Annahme mehr für sich zu haben. Beweisstellen dafür, daß uns das Exemplar eines Lehrers, nicht das eines Schülers vorliege, wie sie Wenck (pag. 137) in seiner Handschrift entdeckt hat („hanc legem sic arbitror esse intelligendum“ etc.; „idem dico“, „hic et ibi solvitur in legendo“), habe ich bei P nicht auffinden können. Uebrigens berichtet Wenck (pag. 63) auch von Spuren ausgelöschter Randbemerkungen, die anscheinend nicht zu entziffern seien.

Wesentlich anders ist der Zustand der Glossen bei B. Sie sind in einem Gusse geschrieben und zeichnen die am Rande aufgenommenen Stellen des Corpus juris von den Noten des Vacarius so wenig als von den Zusätzen andrer Glossatoren durch besondre Schrift aus. Das einzelne Blatt zeigt also keine sechsspaltige Schrift, sondern um den zweispaltigen Text läuft die

Glosse unregelmäßig rings herum. Dabei fehlen fast überall die Zeichen, aus welchen zu entnehmen wäre, worauf die Randbemerkungen sich im Texte beziehen. Von einer allmählich erweiterten Glosse kann mithin bei B nicht die Rede sein; wie sie jetzt erscheint, so war sie alsbald bei Entstehung des B. Der Schreiber der Randbemerkungen muß den Plan, welchen Vacarius bei seinem Werke verfolgte, sehr wenig verstanden haben; sonst wäre es unerklärlich, wie er die an den Rand verwiesenen Pandektenstellen ohne jedes andre Abzeichen als das am Schlusse zugefügte Citat ut D. e. oder ut C. e. (= Dig. eod.; Cod. eod.) mit den Glossen vermischen konnte. Was bei P durch die größere Glossenschrift sehr merklich hervorgehoben ist, muß bei B, oft mit großer Mühe, aus dem verworrenen Geschreibsel am Rande herausgesucht werden.

Am Rande des B ausgelöschte Schrift findet sich sehr selten; nirgends habe ich aber entdeckt, daß diese Schrift Theile der jetzigen Glosse enthielt. Im Titel de edil. ed. zweite Seite steht ausgelöscht am Rande: Det deus omnipotens benignus . . . . | Omnipotens dominus, also der Anfang eines mit dem Texte in keiner Verbindung stehenden Gebetes; dann stehen als zu l. 3 §. 2 D. 4, 9 gehörig mit kaum sichtbarer Schrift und wiederholt mit deutlicher Schrift die Worte: ceterum si extra negotium suum receperit, am Rande; diese Worte waren in l. 3 §. 2 cit. durch Versehen des Schreibers vergessen.

Einer besondern Besprechung bedarf noch der tit. de Verb. Sign. [12])

Bei B schließt der Titel de verb. sign. unmittelbar hinter de bonis proscript. in gewöhnlicher Weise an und bildet den Schluß des Werkes. Er enthält sämmtliche Pandectenfragmente mit Ausnahme der l. 11. 26. 69. 74. 87. 90. 96 pr. 99 §. 1. 100. 101 pr. §§. 1. 3. l. 104. 105. 116. 127. 128. 132. 136. 142. 147. 154.

Bei P bildet der Titel eine besondere Blätterlage und bricht, wie schon gesagt, in l. 131 ab; da das herausgeschnittene letzte Blatt nicht den Rest des Titels enthalten haben kann, so ist P

---

[12]) Warnkönig, in den zwanziger Jahren Professor in Gent, hat auf dem Titelblatte des B bemerkt: Le manuscrit a un titre de plus que les autres extraits par Mr. Wenck. Mit dieser Bemerkung soll wohl der Titel de verb. sign. gemeint sein; an Titelzahl hat B 17 weniger als W.

nicht blos um dieses Blatt, sondern noch um eine weitere ganze Blätterlage defect. Das letzte Blatt von de verb. signif. ist bei P nur zu 1/3 der 1. Seite beschrieben, sein übriger Theil ist leer. Auch zeichnet sich der Titel de V. S. dadurch aus, daß er der Ueberschrift ermangelt und daß sein Anfangswort Ulpianus durchgängig mit besonders großen bunten Buchstaben gemalt ist, wie sie sonst im ganzen Codex nicht vorkommen.

W hat den Titel de V. S. gar nicht; auch wird derselbe weder im Index des W, noch in dem des P, noch in dem des B aufgeführt.

Da der Index des B überhaupt vielfach insofern vom Contexte abweicht, als er die einzelnen Titel nicht genau conform den Ueberschriften im Innern bezeichnet, so dient das Fehlen des Titels de V. S. nur zum weitern Belege, daß der Index des B eine Abschrift des Index eines andern Exemplars und daß er nicht aus dem Contexte selbst entnommen ist.

Was es für eine Bewandtniß mit dem Titel de V. S. nach dem ursprünglichen Plane des Vacarius hatte, dürfte am besten der Zustand des P ergeben. Der Pandecten-Titel de V. S. fand (gleich dem Titel de R. J.) kein Analogon im Codex; beide Titel waren aber so wichtig, daß sie Vacarius nicht übergehen konnte; er fügte sie deshalb als besondre selbstständige Anhänge seinem Werke bei. Deshalb, vielleicht auch weil der Titel de V. S. bei P keine Ueberschrift trug, wurde er im Index des P übergangen. Noch selbstständiger als de V. S. scheint de R. J. behandelt zu sein; darüber geben B, P, W freilich keinerlei Auskunft, aber im Catalog des Augustinus (s. oben S. 235) werden die Regulae juris als besonderer Schlußabschnitt des Werkes kenntlich gemacht. Daß sie als Theil des letztern betrachtet wurden, geht zur Evidenz aus den in B, P und W (cf. Wenck pag. 322) sich vielfach findenden Citaten der reg. juris hervor. Diese werden stets mit „infra" gegeben, während diejenigen Schriften, welche nicht zum Werke des Vacarius gehörten, wie die Institutionen und das decretum Gratiani selbstverständlich ohne infra oder supra citirt werden [13]).

---

[13]) Die Institutionen sind bei B gleich auf den ersten Seiten sehr vielfach mit „in isto" citirt; „infra de regulis juris" steht z. B. im Titel de legibus beim Beginne der Codexexcerpte, im Titel de in jus voc. gegen Ende der Pandectenexcerpte, im Titel de pactis, erste Seite rechts gegen unten.

W ist am Schlusse nicht defect und hat auch keine Spur des tit. de V. S. (abgesehen von den Citaten); es scheint also, als wäre bei ihm in ähnlicher Weise wie bei P der tit. de V. S. abgesondert beigefügt gewesen. Da umgekehrt bei B der Titel de V. S. unmittelbar anschließt, so scheint B mit dem Codex des Augustinus übereinzustimmen, welcher letztere vermuthlich nur den tit. de R. J. als getrenntes Stück enthielt; denn wäre bei ihm der tit. de V. S. gleich dem tit. de R. J. behandelt gewesen, so müßten im Catalog auch wohl beide Anhängsel angegeben sein. Den ältesten Ausgaben scheint demnach der Titel de V. S. alsbald unmittelbar angeschrieben, der Titel de R. J. aber separat beigegeben gewesen zu sein.

B hat jedenfalls zur Zeit der Entstehung seines Index, da derselbe unmittelbar unter dem Schlusse des letzten Fragments de V. S. beginnt, den Anhang de R. J. nicht gehabt. Will man nicht annehmen, der Anhang sei vorhanden gewesen, aber vor Entstehung des Index verloren worden, so bleibt zur Erklärung der Citate „de reg. juris“ nur übrig, davon auszugehen, daß diese Citate nebst den Glossen gedankenlos aus einem Exemplare abgeschrieben sind, welches den Titel de R. J. hatte. Und das stimmt mit dem oben beschriebenen Zustande der Glossen des B recht wohl überein.

Während ich P für einen in Klosterschulen gebrauchten Originalcodex halte, halte ich B für eine Abschrift eines vor P entstandenen ältern Originals.

Diese Ansicht wird, wenn nicht im Vorausgehenden, doch im Nachfolgenden ihre genügende Begründung finden. Von besonderer Wichtigkeit sind in dieser Rücksicht die Vorrede des P, sowie die Verweisungen auf Theile des canonischen Rechtes und auf Zeitgenossen des Vacarius oder auf spätere Glossatoren.

3. Die Vorreden.

Die Vorrede des P beginnt auf der Rückseite des zweiten Pergamentblattes und umfaßt 11⅓ Spalte oder 3½ Blatt, so daß Index und Vorrede zusammen die 5 ersten Blätter einnehmen. Bis auf abweichende Lesarten, die allerdings sehr zahlreich sind, und bis auf die Satzabtheilungen rc. stimmt die Vorrede des P genau mit der von Wenck (pag. 66—115) mitgetheilten überein.

Wie die ehemaligen Besitzer des P den leeren Raum vor

der Vorrede zu Allotria benutzten, so auch den leeren Raum hinter der Vorrede. Sie schrieben dahin sieben Buchstabenräthsel mit der zugehörigen Auflösung; die beiden characteristischsten sind:

arbor inest silvis qui scribitur octo figuris } casta(nea)
unde tribus demptis vix unam e mille uidebis }

und:

prima triangula sit. tripodem prepone rotunde } amo te.
et converte. scies quid sit mihi morbus et unde }

Sehen wir uns die Vorrede näher an, so theilt Vacarius in deren einleitenden Worten den Zweck, die Veranlassung und den Plan seines Werkes mit: Ein doppeltes Gesetz wohne im Menschen, das Vernunftgesetz, welches ihm verbiete, Andern zu schaden (naturalis cognationis lex nefas esse probat aliorum saluti insidiari — cf. l. 3 Dig. de just.: cum inter nos cognationem natura constituit, homini insidiari nefas esse consequens est), und das göttliche Gesetz, welches ihm lehre, nach Höherm zu streben; um möglichst leicht Alle zur Kunde des Guten und Edlen zu führen (ad boni et aequi scientiam, artem. — cf. l. 1 d. just.: Jus est ars boni et aequi), habe er den reichen Stoff, der für jene Kunde dienlich sei, „mit großer Mühe" in einen kleinen Raum zusammengedrängt und zwar der Kürze halber einen Theil als Glosse an den Rand gesetzt; so sei ein Codex zu Stande gekommen, der, zunächst für tenuiores bestimmt, zu billigstem Preise zu haben sei; derselbe zerfalle nach Analogie des codex just. in 9 Bücher, jedoch sei die Zahl der Titel des letztern theils vermehrt, theils vermindert, auch deshalb die Reihenfolge der Titel verändert; einen Begriff vom Urheber und den Verdiensten der Bücher, aus denen dieser Auszug entnommen, werde Das geben, was diesem Vorworte über die Sanction des codex just. (de codice just. confirm.) und über die Sichtung des alten Rechtes (de vet. jure enucl.) beigefügt sei.

Hiernach sollte man erwarten, daß ein Appendix de cod. just. confirm. (also die const. Summa und allenfalls die const. Cordi), sowie de vet. j. enucl. (also die const. Deo auctore, l. 1 Cod. 1, 17) im Auszuge folge und daß damit die Vorrede schließe. Statt dessen gibt die Vorrede bei P und W noch weit mehr, nämlich erhebliche Stücke aus der Vorrede der Digesten und aus den ersten beiden Digestentiteln. Schon dies erregt

Zweifel, ob die Vorrede bei P und W wirklich von Vacarius herrührt oder ob sie seinem ursprünglichen Plane entsprach.

Dazu kommt, daß bei B die Vorrede höchstens zwei Blätter (nämlich die zwei ausgeschnittenen) und nicht einmal diese vollständig gefüllt haben kann. Die beiden oben bereits erwähnten Pergamentstreifen tragen nämlich gerade soviel Schriftspuren an sich, daß sich aus ihnen ziemlich sichere Schlüsse auf den Inhalt der verlornen Blätter machen lassen.

Zunächst zeigt der erste Streifen außen an seinem obern Theile Reste zweier Glossen von 8 und von 3 Reihen. Die Schrift ist die nämliche wie bei den spätern Glossen, auch sind noch die Zeichen vor den Glossen sichtbar, mittelst deren auf den Text verwiesen wird. Die Glossen sind aber so abgeschnitten, daß der verbliebene Rest kein einziges vollständiges Wort enthält.

Die Innenseite des ersten Streifens zeigt vier Lemmen: Materie qualitas, Operis qualitas, (O)peris[14]) utilitas, vacari. Legt man diese Lemmen des B an die erste Spalte der Vorrede des P und berücksichtigt, daß eine Textesspalte des B mehr enthält als eine Textesspalte des P, daß mithin zwischen den einzelnen Lemmen ein größeres Stück Text gestanden haben muß, als es die Zusammenstellung der Lemmen mit dem Texte des P ergibt, so paßt die Lemme materie qualitas dem Sinne und dem Raume nach genau zum ersten Satz der Vorrede, ebenso die Lemme operis qualitas zum zweiten Satze und die Lemme operis utilitas zum letzten Satze. Das Wort vacari, von welchem man nicht ersehen kann, ob es zu einer Lemme oder zu einer Glosse gehörte, würde dann neben einen Theil der const. Summa fallen; in welchem Zusammenhang es stand, bleibt räthselhaft, nur erhellt, daß bereits auf dem ersten Blatte des B der Name des Vacarius genannt wurde. Wenn daher Sander 1641 schon von einem liber incerti authoris spricht, so darf wohl gefolgert werden, daß zu seiner Zeit die ersten Blätter fehlten. Der im Innern der beiden Streifen sehr versteckt sich findende Namen des Autors konnte ihm leicht entgehen, kaum aber hätte es ihm entgehen können, wer der Autor war, wenn die zweite Seite des Codex ihn an irgend einer Stelle nannte.

Mit ziemlicher Sicherheit läßt sich hiernach annehmen, daß

---

[14]) O abgeschnitten.

auf der zweiten Spalte der Rückseite des ersten (jetzt fehlenden) Blattes bei B dasselbe Vorwort des Vacarius stand, welches jetzt die erste Spalte des P ausfüllt. Diese Annahme setzt allerdings voraus, daß der Contexꝛt der Vorrede mit einer dem übrigen Texte des B gleichen Schrift geschrieben war, aber auch hierfür bieten die Rudera der ersten Blätter des B eine ausreichende Grundlage. Am zweiten Pergamentstreifen gegen dessen Mitte hin ist ein kleines Pergamentstückchen hängen geblieben, welches gerade genügt hat, den Schlußbuchstaben einer Textesreihe, ein e, unversehrt auf unsre Zeit zu bringen. Dies e ist von der nämlichen Beschaffenheit wie die sonstige Textesschrift. Es steht auf der Rückseite des fraglichen Pergamentstückchens. Ihm entspricht auf der Vorderseite ein kleiner blau und rother Schnörkel als Rest einer Initiale. Im Uebrigen zeigt der zweite Pergamentstreifen keine Schriftspuren.

Was die Vorderseite des ersten Blattes und von dessen Rückseite die erste Spalte enthielt, wird man festzustellen verzichten müssen; nur die Negative ergibt sich aus den Glossenresten der Vorderseite des ersten Pergamentstreifens, daß jene drei Spalten nicht unbeschrieben waren und daß sie etwas Andres als den Index enthielten. Nach einer andern Seite hin liefert aber der erwähnte Zustand der ersten beiden Blätterreste des B ein sehr positives Resultat. Er beweist nämlich, daß die Vorreden des P und W ein Beträchtliches mehr enthalten, als die Vorrede des B enthalten haben kann.

Dem Raume nach läßt sich annehmen, daß die Vorrede des B die const. Tanta (de confirmatione digestorum) und die Excerpte aus den beiden ersten Pandektentiteln (de just. et jure und de orig. juris), welche in die Vorreden von P und W übergegangen sind, nicht enthielt, daß sie sich also nach der kurzen Einleitung des Vacarius über Zweck und Plan seines Werkes auf Mittheilung der const. Summa (de just. cod. confirm.) und Deo auctore (d. vetere jure enucl.) beschränkte. Dies entsprach nicht blos der ganzen Anordnung des Werkes, das sich dem Codex, nicht den Digesten anschloß, also de confirmat. digestorum überhaupt nicht und de just. et jure sowie de orig. juris wohl wenigstens nicht in der Vorrede zu handeln hatte, sondern es paßt auch allein zu den einleitenden Worten des Vacarius: pauca de codice justinianeo confir-

mando et jure veteri enucleando adjeci prefationi. Hier ist ausschließlich auf die Codexconstitutionen Summa et Deo auctore verwiesen; hätte Vacarius von Anfang an beabsichtigt, auch von der Bildung der Digesten und dem Ursprung des Rechts, besonders von den alten Rechtsschulen zu reden, so hätte dieser Zweck wohl einen bessern Ausdruck gefunden als durch die Schlußworte der Einleitung: ut legum et librorum ostenderem auctorem et laudes etc., worin offenbar auf Justinian und seine Verdienste hingewiesen wird. Auch muß es auffallen, daß Vacarius in sein eignes Vorwort bereits Theile der l. 3 Dig. d. just. (cognationis lex nefas esse insidiari probat) und der l. 1 eod. (ars boni et equi) aufnimmt, dieselben Stellen aber dann noch einmal im Anhange wiederholt, der zudem bei P und W so umfangreich ist, daß er schwerlich unter den „pauca summo tangendo digito adjicienda“ (s. Wenck l. c. pag. 69) verstanden werden kann. Es wird daher nicht zuviel gewagt sein, wenn wir die zweite Hälfte der Vorrede bei P und W als einen spätern Zusatz betrachten.

Den Grund, weshalb dieser Zusatz gemacht wurde, deutet folgende hinter die const. Tanta eingeschobene Stelle an:

> Nullam igitur causam invidie ex hujusmodi compilatione (d. h. aus dem Werke des Vacarius) locum habere etiam[15]) ex suprascriptis apparet. Nam si nec hi qui justiniani jura receperunt a signorum penitus abstinent (P abstinens) malicia immo et innumera (P ĩmĩa) ejus alia impune negligunt atque contempnunt precepta quid prohibet pauca ueluti in collem aliquem (P coll'e aliq = collatione aliqua?) eis maxime qui legibus istis non utuntur cumulare ut infra septa justicie quasi si ex aliquo[16]) eminenti facile conspiciendo discant[17]) sine magno labore accedere ad optata ante autem quam[18]) singulorum veniant (P veniamus) tractatum non est ab re ab ipsis principiis (P principibus) et[19]) juris origine

[15]) fehlt bei P.
[16]) W quasi ex loco em. consp.
[17]) W dicant.
[18]) hier scheint ad vergessen.
[19]) fehlt bei W.

atque processu tanquam ingressum quendam ad communem omnium noticiam preparare.

Der erste Theil dieser Stelle motivirt die Aufnahme der vorausgehenden const. Tanta, der zweite Theil die Aufnahme der nachfolgenden leges d. just. et jure, sowie de orig. juris. Wenn sogar da, wo das justinianische Recht recipirt ist, das in der const. Tanta ausgesprochene Verbot der Siglen unbeachtet bleibt, so kann es doch dem Vacarius nicht zum Vorwurfe gemacht werden, daß er für ein Land, welches das römische Recht nicht befolgt, einen in der const. nicht verbotenen Auszug der justin. Sammlung angefertigt hat, und wenn es zweckmäßig erscheint, vor dem Eintritt in mediam rem Einiges über den Ursprung des Rechts zuzufügen, so erklärt sich, weshalb die Fragmente aus den Titeln d. just. et j. und de orig. juris folgen.

Die Vorrede des B mag daher bestanden haben aus:

1) einleitenden Worten des Vacarius mit Ankündigung der const. Summa et Deo auctore,

2) den const. Summa et Deo auctore,

während die Vorrede von P und W außer diesen beiden Theilen enthält:

3) die const. Tanta,

4) Worte des Vacarius oder seiner Schule, welche die Aufnahme der const. Tanta erklären und als abermaliges Vorwort (ingressus) Mittheilungen aus den Digestentiteln de just. et jure und de orig. juris ankündigen,

5) Fragmente aus letztern beiden Titeln.

Eine aus diesen fünf heterogenen Bestandtheilen gebildete gänzlich zerrissene Vorrede ist unmöglich das Werk eines einheitlichen Gusses. Wenn Vacarius seinem ursprünglichen Plane gemäß die Bestandtheile 2. 3. und 5. in seine Vorrede aufnehmen wollte, was hinderte ihn zu sagen: pauca de cod. et dig. just. conf., de jure vet. enuel., de just. et jure, de orig. juris prefationi adjeci?

Geht man deshalb davon aus, daß die Bestandtheile 3. 4. und 5. besondern, nach dem Erscheinen der anfänglichen Vorrede (1. 2.) eingetretenen Verhältnissen ihr Dasein verdanken, so geben gerade die Eingangsworte von Nr. 4 einen Anhaltspunct, worin jene Verhältnisse zu suchen sind. Das Werk des Vacarius hatte bei seinem Auftreten Feinde gefunden, mag darunter König Stephan,

der um 1150 behufs Unterdrückung des römischen Rechts Auslieferung aller Handschriften befahl und dem Vacarius verbot ferner zu lehren, oder mag darunter die Rechtsschule in Bologna zu verstehen sein, welch' Letzteres die Hindeutung auf den Gebrauch der Siglen Seitens Derer, „qui justiniani jura receperunt“, wahrscheinlicher macht (cf. Wenck l. c. p. 86 Note l). Um diesen Feinden entgegenzutreten (nullam invidie causam locum habere apparet), erweiterte Vacarius oder seine Schule bei einer, so zu sagen, zweiten Ausgabe seines Buchs die Vorrede. Dabei konnte es sich auch empfehlen, de justitia et jure und de orig. juris einiges Allgemeine zuzufügen. In B dagegen stand die ursprüngliche Vorrede; man schnitt sie heraus, entweder um sie überhaupt zu vertilgen, oder, was wohl das Wahrscheinlichere, um die neue Vorrede an ihre Stelle zu setzen.

Ist diese Vermuthung gegründet, so ergibt sich, daß wir in B ein Exemplar der ersten, in P und W Exemplare der zweiten Ausgabe vor uns haben, daß also ersterer Codex zu einer andern ältern Familie gehört, wie letztere beiden. Da B mindestens bis zum Jahre 1170 herabreicht, so entstand die Ausgabe zweiter Hand (P) erst nach dieser Zeit.

Schon Wenck (l. c. p. 334) hat hervorgehoben in Betreff des Verhältnisses seines Codex zum Königsberger, daß letzterer der jüngere sein müsse, weil er im Vergleiche mit ersterm Texteserweiterungen enthalte. Diesem Grunde wird beizupflichten sein. Er gilt in noch höherm Maaße für das gegenseitige Verhältniß von B, P, W, R. Die Erweiterungen, welche man im Gegensatze zu B bei den übrigen Handschriften wahrnimmt, bestehen theils darin, daß in P, W, R Pandecten- oder Codexstellen aufgenommen sind, welche in B fehlen[20]), theils darin, daß die

[20]) Nur zwei Stellen habe ich gefunden, an denen das entgegengesetzte Verhältniß obzuwalten scheint. B und P haben die l. 5 Cod. Si tutor vel curator int. (und zwar zwischen l. 2 und l. 4 eod.) während Wenck p. 207 N. 48 berichtet, daß in seinem Codex der betreff. Titel aus l. 2 und 4 C. bestehe; ferner hat B in l. 2 pr. vi bon. rapt. nach den Edictsworten judicium dabo die weitern si servus fecisse dicetur in dominum noxale judicium dabo, während bei P dieser Schlußsatz fehlt. Aber letztere Umstände sind schwerlich geeignet, die Annahme umzustoßen, wonach B aus älterer Zeit stammt wie P. Die Nichterwähnung der l. 5 Cod. si tutor int. mag bei Wenck wohl nur auf einem Versehen beruhen, welches durch die Stellung der l. 5 vor der l. 4 veranlaßt wurde: wenn Wenck die l. 4 als Schluß und die l. 2 als An-

Glossen in P breiter als in B und wiederum in W breiter als in P gegeben sind, theils darin, daß Glossen irrthümlich zu Theilen des Textes wurden.

Es wäre immerhin möglich, daß die Glossen einer erheblich spätern Zeit angehörten, wie der Text, so daß das Vorkommen erweiterter Glossen in P z. B. noch keinen Beweis dafür lieferte, auch der Text von P sei jünger als der von B. Deshalb ist Gewicht zu legen auf die Erweiterungen des Textes selbst. Bei einem Werke, wie dem des Vacarius, entspricht es der Natur der Sache, daß sein Text im Laufe der Zeit sich erweiterte, nicht umgekehrt, daß er zusammenschrumpfte. Es ist nicht anzunehmen, daß die Spätern an einem Auszuge aus den mehr und mehr um sich greifenden und immer bekannter werdenden justin. Rechtsbüchern strichen, sondern nur, daß sie den Auszug zur Erhöhung seines Werthes durch Zusätze zu vermehren bestrebt waren.

4. Glossen.

I. Die Glossen in B sind meist objectiv gehalten; sie sprechen in kurzen directen Sätzen ihre Ansicht aus ohne weitere Bezeichnung, von wem dieselbe herrührt. Nur selten findet sich eine Hinweisung auf den Urheber der Glosse oder auf einen dissensus dominorum, nämlich auf Vacarius und seine unmittelbaren Zeitgenossen. Vacarius wird bezeichnet mit vac' oder va, oder er wird magister genannt, für Bulgarus kommt die Bezeichnung B und b' vor, für Martinus M, für Rogerius Rog', für Placentinus p'; Jacobus ist mit vollem Namen geschrieben. Unter collectiver Benennung treten diese Rechtslehrer als „domini nostri" oder als „bolonienses" auf, wenn anders die Abbreviatur „dnis nis" in der Interlinearglosse zu l. 14 d. o. n. n. und „bol" richtig von mir aufgelöst ist (s. unten Nr. 1 und 5).

Als einzelne hier in Betracht kommende Glossen der B mögen folgende herausgehoben werden:

---

fang des Titels fand, so konnte ihm die zwischenliegende, durch eine besondere Initiale vielleicht nicht hervorgehobene l. 5 unschwer entgehen. Und das Fehlen des Schlußsatzes der l. 2 pr. vi bon. rapt. bei P erklärt sich, sofern man das doppelte judicium dabo berücksichtigt: der Schreiber des P sprang vom ersten jud. dabo alsbald auf das zweite über.

1) zu l. 76 d. procurat.: infra eodem glosa „sed causa cognita" (d. h. der am Rande mitgetheilte Schluß der l. 43 §. 6 eod.) contra. Solutio bol(-oniensium?) hic fuit solvendo infra non vaō(-arius) hic rebus caruit singulis (P hat diese Glosse nicht; zur Randstelle „sed causa cognita" bemerkt er: procuratoris non domini et ita cessat contrarium supra eodem Ticius (d. h. l. 76 d. proc.) vel aliter aliud est quando absens vergit ad inopiam et nullum habet successorem aliud quando bona absentis ceperint possidere quia tunc civiliter mortuus est et justa est causa excusationis ut hic; letzteres Wort ist ausgeschrieben, anscheinend aber aus h corrigirt).

2) zu l. 8 Cod. unde (bei Vac. im Titel de vi): B' M' p' interea quidem non semper pertinet ad vim publicam quia aliquando ad privatam vel non semper ad privatam quia aliquando ad publicam mox scilicet p' (post?) acusatione interdum audiri sine inscriptione meretur. Ac si d'ret (diceret?) eum adversus q homines interdum civiliter acusare et deinde interdictum incūdo (verschrieben für acusando?) Rog'(erius) interdictum i. e. causa illa que pertinet ad neg'm interdicte explicand'. Aliquando auditur cum inscriptione aliquando et sine inscriptione. vac'(arius) interdictum i. e. interdicto vel prohib'o facta a pretore interdicto unde vi vel imperatore. ut hac lege i'nascor etc. (die Glosse setzt sich noch zweimal so lang fort, jedoch ohne weitere Nennung von Namen).

P hat zu l. 8 cit. beim Worte momentarie zwei Glossen: Istud varie legi potest ut supra proprie accipitur interdictum quod est possessionis momenti recuperande quod interdictum non semper ad vim publicam quia quandoque ad privatam pertinet non semper ad privatam quia quandoque ad publicam. Mox i. e. postea scilicet postquam criminaliter actum est potest agi civiliter interdictum et interdum ante quia in arbitrio actoris est .... und weiter: Momentarie .... vel secundum alios interdictum i. e. causa interdicti scil. delictum ipsum non semper i. e. nunquam secundum quosdam.

3) Im Titel de cond. causa data (Vac. W. IV, 4) schließt die obere Glosse der zweiten Seite: Solutio b' (bulgarus) hic fuit obligatus ex turpi causa ibi non alia Solutio scilicet

iacobi hic sumit reus p biennium ideoque cogitur ad probationem ibi intra biennium lis est contestata. contra vac.

4) Im Titel pro emtore vel transactione (Vac. W. VII, 23) citirt B zu l. 2 pr. pro emtore als entgegenstehend Supra de usucap. contra celsus (d. h. l. 27 d. usurp.) und glo. Eum qui (l. 23 eod.?) contra mit dem Zusatze: Solutio B(ulgarus) c̄ īt'ogōē (cum interrogatione) et tunc concordat vac' sn̄ ītr'o (vacarius sine interrogatione).

P hat an dieser Stelle keine Glosse, sondern nur das Citat der lex Celsus.

5) Zu den Worten in via der l. 14 d. o. n. n. (Vac. W VIII, 20) glossirt B zwischen den Linien: ut de dnis nis (dominis nostris?) dictum est.

II. P enthält an Glossen mindestens viermal soviel als B; auch führen die Glossen bei P ungleich häufiger die verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer an, theils mit spezieller Nennung ihrer Namen, theils mit der generellen Bezeichnung: quidam, alii oder bolognienses.

An einzelnen Glossatoren werden genannt: Irnerius (als Warnerius, Garnerius, Garnerus), Bulgarus (bulgar, bul, b), Martinus (martinus, marti, mar, M), Rogerius (Rogerius), Placentinus (placentinus, placē, pla, p), des letztern Zeitgenosse Johannes Bassianus von Cremona (Johannes, Cremonensis, Joh. cremonē, Joh. de cremune, Joha. cremo., Jo. b., Joh., Jo) und Vacarius selbst (uacarius, vacarius, vacari, vacs, vac, va, magister). Neben diesen bekannten Namen tauchen auch sonst unbekannte auf.

Hierhin gehört zunächst Ascelinus, welcher mit fast vollständigem Namen (Ascelī) in der Mitte einer ausführlichen Glosse zu l. 4 Cod. de dolo malo (P fol. 30ᵇ i. f.) genannt wird. Außerdem ist er dreimal auf fol. 95ᵇ citirt. Hier heißt es zu l. 1 §. 4 Dig. 18, 6: vinum doliare vendi dicitur quando ad mensuram venditur puto 100 amforas (folgt andre Tinte:) asc dicit quod vinum doliare vendi dicitur quando totum vinum in dolio venditur et venditur ut species; ferner zu den Worten fatale dampnum in l. 3 eod. intra lineam: deteriorationis et interitus (dann auf Rasur:) secundum asc. Neben letzterer Stelle wird am Schlusse einer Randglosse auf folgenden Nachtrag unten verwiesen: Solutio secundum asce ad quem-

cunque pertinet dampnum deteriorationis et dampnum interitus quia ad emptorem hic pertinet omne dampnum . . . . .

Einen zweiten unbekannten Rechtslehrer hat in P bereits Savigny entdeckt, den Robertus; an der Stelle, welche Savigny (Gesch. IV, 364 Note 35) citirt, kommt der Name zweimal vollständig ausgeschrieben vor; eben so habe ich ihn gefunden fol. 203[a] (links erste Glosse unterhalb des Textes, tit. de l. Jul. rep.): Lege Julia rep. tenetur . . . . secundum robertum in hoc casu duplex datur actio. Außerdem wird er mehrfach mit R und mit Ro. bezeichnet.

Ein dritter Schüler des Vacarius mag Simon geheißen haben; ihn habe ich einmal citirt gefunden auf fol. 85[b] in der Glosse videri tamen posset zu actionem in l. 1 §. 12 depos. Hier heißt es gegen den Schluß hin und zwar mit späterer Tinte: ita secundum Simon̄. alii dicunt . . .

Savigny führt an (Gesch. IV, 363. 364. insbes. Note 34), die Prager Handschrift citire die Glossatoren bis auf Hugolinus (c. 1230) herunter, Wenck erwähne zwar von Hugolinus nichts, auf den ersten Blättern des Prager Codex finde sich aber mehrfach die Sigle h. Ungeachtet eifrigen Suchens ist es mir nicht gelungen diese Sigle zu entdecken. Allerdings kommt vielfach ein secundum h oder ut h vor, z. B. fol. 8[b] (rechts äußerster Rand gegen oben: vel aliter anni . . . et secundum h nullus posset prescribere), fol. 9[b] (links äußerster Rand gegen oben: vel non appellando quia non licet appellare sed contradicere potest proponendo causam illam examinandam a judice locorum et ita supplicando contradicit et secundum h non corrigere), es ergibt jedoch der Sinn die Nothwendigkeit, h in hoc oder hic aufzulösen, wie es durch eine spätere Hand in einer Glosse aufgelöst ist (s. oben S. 263 Nr. 1 a. E.). Eine augenscheinliche Ausnahme macht die äußerste Randglosse Cum quis errat (fol. 12[b] links). Diese, von einem andern, weit jüngern Schreiber herrührend, schließt mit den Worten: Vultis aliud? h. Hier wird h in Hugolinus aufzulösen sein.

5. Citate aus dem canonischen Rechte.

In B habe ich bei Durchblätterung des ganzen Buchs nur fünf Citate aus dem canonischen Rechte gefunden, welche sich

sämmtlich auf die secunda pars des c. 1150 publicirten decretum Gratiani beziehen. Die Citirmethode ist: D ca XII Q' II sacrorum canonum d. h. Decret. can. 15 Caus. 12 quaest. 2. Ganz vereinzelt steht die bereits oben (S. 244) besprochene Decretale Alexander's III. aus dem Jahre 1170.

Ungleich häufiger wird in P auf das canonische Recht verwiesen und zwar nicht blos auf das decretum Gratiani, sondern auch auf Decretalen außerhalb desselben. Letztre Decretalen werden citirt mit „in extra", „in extrava" oder „in decretalibus", z. B. in extrava de judiciis at si clerici c. VII Q I cum percussio (= c. 2 C. 7. 9. 1), in extra de immunitate ecclesie č in audientia (= cap. 25 X de sent. excommun. Clem. III. 1191), in decretalibus de cler. coram secul. jud. non conven. c. 1 et ultro (= cap. 1. sq. de foro compet. 2, 2?). Unter den Extravaganten ist hier selbstverständlich nicht Das gemeint, was wir heute Extravaganten nennen, sondern Das, was im decretum Gratiani sich nicht befand. Somit stammen die Citate aus der Zeit vor der Decretalensammlung Gregor's (1234). Da damals das decr. Grat. die einzige vorhandene Sammlung war, so bezeichnet extrava. bei P die zwischen 1150 und 1234 fallenden Decretalen. Im Jahre 1191 vollendete Bernardus v. Pavia sein breviarium extravagantium, die später sogenannte compilatio prima (Richter, Kirchenr. 5. Asg. S. 118). Auf sie beziehen sich die hier fraglichen Citate; dazu paßt auch das Alter der citirten Decretalen, von denen die mir vorgekommenen sämmtlich den Jahren 1180 — 1191 angehören.

Resultate.

Nach der angestellten Untersuchung sind der Brügger und Prager Codex zwei von einander unabhängige Exemplare. Von beiden und ebenfalls von einander unabhängig sind, wie die Untersuchungen Wenck's ergeben, dessen Codex und der Königsberger.

Während der Prager Codex als eine in englischen Klosterschulen benutzte Originalhandschrift erscheint, deren Entstehungszeit vermuthlich in die letzten Jahre des 12. und in die ersten des 13. Jahrhunderts fällt, erscheint der Brügger Codex als eine von ziemlich unkundiger Hand und deshalb oft fehlerhafte

Copie, deren Original älter ist, wie der Prager Codex, und auch einer frühern Handschriftenfamilie angehört.

Da der Brügger Codex in seiner Glosse die jüngern Zeitgenossen des Vacarius und letztern selbst erwähnt, so ist er keinenfalls eine Abschrift des von Vacarius angefertigten Urexemplars, vielmehr darf man sein Original wohl nicht früher als in das letzte Viertel des 12. Jahrhunderts setzen [21]). Aber die Copie, welche im Brügger Codex vorliegt, wird man ihren Schriftzügen nach auch nicht viel später, als in den letzten Theil des 12. Jahrhunderts setzen dürfen: von den characteristischen Zeichen des 12. Jahrhunderts im Gegensatz zum 13. (vergl. Mannert, Miscell. Nürnb. 1795. S. 7. 19. Schönemann, Diplomatik I, 547; II, 55) findet sich das i ohne Strichpunct, das nichtabbreviirte con und der Mangel des Bindezeichens am Schlusse der Reihe bei getrennten Wörtern. Die Schriftzüge des Prager Codex verweisen dagegen auf eine etwas spätere Zeit; denn hier kommt zuweilen die Abbreviatur für con (auch in der Texteschrift, nicht etwa blos in den Glossen) und zuweilen das Bindezeichen am Ende der Reihe vor. Diese Annahme über das Alter der beiden Codices wird bestätigt durch eine Vergleichung der Glossatoren und der Citate des canonischen Rechts, welche aus den Randbemerkungen ersichtlich sind.

Wenn der Brügger Codex in der Nähe von Oxford, sein Original aber im Erzbisthum York gewesen, und wenn der Prager aus dem Bisthum Norwich nach le Bec gelangt ist, so ergeben sich daraus und aus dem Anführen verschiedener noch unbekannter Rechtslehrer (Robert, Ascelin, Simon) Anhaltspunkte für die Geschichte des römischen Rechtes, namentlich für seine verhältnißmäßig rasche und weite Ausbreitung in England und für eine Wechselbeziehung zwischen einerseits England, andrerseits der Normandie und Flandern. Ueberhaupt verschwindet die Annahme einer oasenartigen Existenz des römischen Rechts in der Oxforder Schule. Die Glossen in den Handschriften des Vacarius beweisen, in welch' naher, fortdauernder Relation man in England

---

[21]) Auf dem innern Deckelblatt des B ist mit Bleistift, vielleicht von Keller, im J. 1823 notirt „12. sec."; Hänel (catalogus) und die themis ou bibliothèque du juriscons. tom. V, 315 setzen B ohne weitere Begründung in das 13. Jahrhundert.

mit den Italienern stand, und wenn man berücksichtigt, daß der Weg des römischen Rechtes durch Lanfranc über die Normandie nach England ging, daß Placentin in Montpellier lehrte und daß dem Anscheine nach auch Flandern nicht isolirt seine Studien des römischen Rechtes betrieb, so scheint ein zusammenhängendes wissenschaftliches Band diese Länder von Italien aus vereinigt zu haben.

Formeln des Justinianischen Prozesses.

Eine Replik

von

Herrn Professor D. R. Stintzing in Erlangen.

Es liegt im Interesse der Wissenschaft, daß jede neu auftretende Meinung einer ernsten Prüfung unterzogen werde; aber die Gefahr, daß diese unterbleibe und die sogenannte neue Entdeckung ein „unverdientes Glück" mache, liegt bei unsern heutigen literarischen Verhältnissen gewiß sehr fern. Ich wenigstens habe mich bei meiner Publikation nicht auf „Glück", wohl aber auf Anfechtungen gefaßt gemacht! Denn eine unumstößliche Beweisführung ist in diesen Dingen sehr selten möglich; und man wird mir wohl glauben, daß die Einwürfe, von denen Mommsen meint, daß „jeder unbefangene Leser sie sich schon selbst gesagt haben werde", auch mir weder neu, noch unerwartet sind. Sie liegen meistens nahe genug; und eben deswegen schien es mir vorerst nicht nöthig, sie noch mehr, als es mittelbar geschehen ist, hervorzuheben. Ihre Geltendmachung aber bietet mir nun die willkommene Veranlassung, mich weiter über diesen Gegenstand auszusprechen; zumal ich selbst hervorgehoben habe, daß meine Erörterungen nicht mit dem Anspruche auftraten, „die angeregten Fragen zu erschöpfen oder endgültig zu entscheiden".

Durch Mommsen's Polemik aber ist, wie mir scheint, die ganze Frage in ein unrichtiges Licht gerückt worden: denn nach seiner Darstellung gewinnt es den Anschein, als sei es mein Be-

mühen, ein Schriftstück, welches von sehr verehrten Autoritäten „längst" als ein „Machwerk des 12ten Jahrhunderts" erkannt worden, zu einem „Ueberrest echt klassischer Jurisprudenz" zu erheben. Zur Richtigstellung des Thatsächlichen möge Folgendes dienen.

1) Die Anhänge zum Petrus sind, wie ich sagte, bisher wenig beachtet worden. Savigny (Bd. 2 S. 149. a) bemerkt darüber nur: „diese kleinen Stücke, welche offenbar nicht zu Petrus gehören, obgleich sie zum Theil aus ihm gewonnen sein könnten, enthalten nichts Charakteristisches, woraus ihr historischer Zusammenhang ausgemittelt werden mögte". Böcking (Institutionen Bd. 1, S. 102, Anm. 30) sagt, der erste Anhang scheine ebenfalls dem südlichen Frankreich anzugehören und die Citirweise darin sei nicht bononisch. „Der zweite, ohne Zweifel neuere, Anhang — bezeichnet beispielsweise ein Datum so" rc. Hier folgt das bekannte Datum, dessen Deutung Böcking mit einem Fragezeichen begleitet. — Bei diesem Stande der Literatur wird man wohl die Frage über das Alter und den Inhalt unseres Schriftstückes mindestens als eine noch offene betrachten dürfen.

2) Ich bin bei meiner Darstellung davon ausgegangen, daß diese Anhänge, so wie sie vorliegen, im Ganzen der literarischen Epoche des Petrus, also dem 11ten oder 12ten Jahrhundert angehören; habe aber behauptet, daß sich darin Spuren und Reste einer älteren Ueberlieferung finden.

3) Zu diesen Spuren und Resten zähle ich die Prozeßformeln, deren ersten Ursprung ich in das sechste Jahrhundert versetze — keineswegs aber, und zwar ebensowenig wie das Dictatum de consiliariis und die Collectio de tutoribus, für „klassische Jurisprudenz" halte. Warum Mommsen das sechste Jahrhundert mit der „echt klassischen Jurisprudenz" confundirt, ist nicht ganz verständlich. Mir würde eine solche Vermengung sicherlich eine sehr scharfe „Rüge" meines strengen Kritikers eingetragen haben.

4) Die Schrift ist nach meiner Meinung in so hohem Grade corrumpirt, daß sich zwar wohl noch ein ursprünglicher Kern erkennen, keineswegs aber in seinen Einzelheiten mit Sicherheit herstellen läßt.

5) Von diesem Kerne habe ich nachgewiesen — und bin darin keinem Widerspruche begegnet — daß er in Formularen

besteht, welche derjenigen Gestalt des Prozesses entsprechen, wie er zu Justinian's Zeit galt: und jedenfalls in diesem Sinne darf ich sie „Formeln des justinianischen Prozesses" nennen.

Fragt es sich nun, wann diese Formeln geschrieben sind, so kann natürlich ihre jetzt vorliegende Gestalt nicht den Ausschlag geben, sondern es ist zunächst nach innern und allgemeinen Gründen zu entscheiden, ob wir annehmen sollen, daß ein Jurist im 11ten oder 12ten Jahrhundert diese Formeln erfunden habe,— oder, daß sie dieser Epoche aus älterer Zeit überliefert worden sind.

Nach Allem, was wir wissen, galten die Formen des Justinianischen Prozesses im 11ten und 12ten Jahrhundert nicht mehr. Einen praktischen Zweck also konnte die Aufstellung unserer Formulare damals nicht haben; und Mommsen selbst behauptet diesen nicht. Welcher andere Zweck aber einen Juristen des zwölften Jahrhunderts bestimmt haben sollte, den unpraktischen, veralteten Prozeß zu beschreiben und in Formeln zu veranschaulichen, ist nicht zu ersehen: denn wir werden in jener Zeit doch wohl nicht an rechtsgeschichtliche Interessen oder an solche wissenschaftliche Regungen, wie sie im 15ten Jahrhundert zur Fälschung und Nachahmung von Antiquitäten verführten, denken sollen.

Aber wie steht es denn weiter mit der Möglichkeit dieser Erfindung? Mommsen scheint zwar zu meinen, es sei für einen Juristen des zwölften Jahrhunderts ein Leichtes gewesen, solche Formeln zu componiren. Allein er verkennt dabei offenbar die wirkliche Lage der Dinge. Julian sowohl, wie das Authentikum sind in ihren Angaben so dürftig, daß ein Jurist, welcher den Prozeß nicht aus eigner Anschauung kannte, nicht im Stande war, nach ihnen die Formulare und den Gang des Verfahrens so speziell und anschaulich zu construiren, wie es in unserm Fragment der Fall ist. Den Antibiblos namentlich setzen jene Quellen lediglich als aus der Praxis bekannt voraus: und daher ist es gekommen, daß uns sein eigentlicher Inhalt bis in die jüngste Zeit völlig unbekannt blieb. Erst diese Formeln haben uns von demselben ein anschauliches Bild gegeben; und erst von hier aus ist der Beweis geführt worden, daß die dürftigen Aeußerungen der Quellen in diesem Sinne zu ergänzen sind[1]. Ist es

[1]) Vgl. jetzt auch Bethmann-Hollweg, der Civil-Prozeß des Gem. Rechts Bd. 3, S. 249 (so eben erschienen) mit dessen Handbuch Bd. 1, S. 256. Da

nun wohl zu glauben, daß ein Jurist im 12ten Jahrhundert im Stande gewesen wäre, aus dem Julian Dasjenige anschaulich und correct zu construiren, was unserer heutigen Jurisprudenz bisher unbekannt und räthselhaft war?

Mir scheint, daß diese Erwägungen für jeden „besonnenen Kritiker" die Annahme einer Erfindung des 11ten oder 12ten Jahrhunderts hier ausschließen.

Und nicht wesentlich anders steht es mit dem Accusations-Libell. Zwar ist der Römische Accusations-Prozeß dem Mittelalter vererbt worden (vgl. Brachylog. IV, 30 und Decret. Grat. C. 2 qu. 8); allein ein Libell, der so genau, wie der vorliegende, die alten Formen einhält, ist uns sonst nicht überliefert[2]). Die Uebereinstimmung mit Paulus (l. 3 pr. D. d. accus. 48, 2), auf welche ich hingewiesen habe, will Mommsen gegen mich geltend machen: allein er übersieht, daß unser Formular keineswegs eine bloße Copie oder Umschreibung der Pandektenstelle ist. Aus dem Protokoll des Paulus hat vielmehr der Jurist einen eigent-

es zur Sache gehört, so wird es nicht mißdeutet werden, wenn ich anführe, daß, nach einer gütigen Mittheilung Bethmann-Hollweg's, gerade meine Bemerkungen über den Antibiblos es gewesen sind, welche ihn veranlaßt haben, seine frühere Meinung aufzugeben. Die Formeln sind also, wie ich oben sagte, mittelbar die Quelle eines besseren Verständnisses geworden, wenn gleich der Streit über ihren Ursprung noch schwebt und sie daher von Bethmann-Hollweg noch nicht als Beweismittel verwendet werden konnten.

²) Ich habe zur Vergleichung auf den Libell A. D. 1214 bei Tankred Ordo judiciarius 2, 8 verwiesen. Wenn nun Jaffé mir entgegenhalten will, daß noch im 14ten Jahrhundert Formeln in „ähnlicher Fassung im Gebrauch" waren, so ist darauf zu antworten, daß sich solche Formeln, wie er sie anführt, auch noch im 15ten Jahrhundert in wünschenswerther Anzahl nachweisen lassen. Sie tragen aber gerade das juristisch Eigenthümliche unseres Accusationslibells nicht an sich, zeigen vielmehr die Aenderung, welche sich schon bei Tankred findet. Aus der alten datio libelli und subscriptio, wie sie unser Formular enthält, ist nämlich geworden 1) eine Bitte an die Richter: „accuso apud vos — unde peto"; 2) die ausdrückliche Uebernahme der Succumbenzstrafe und Beweispflicht: „et ad poenam talionis me obligo et hanc accusationem me legitime probaturum promitto". Wäre nicht dieser wesentliche Unterschied, so hätte es nahe gelegen, das „in domum martium" unserer Handschrift für das „in domo Martini" bei Tankred zu erklären — obgleich ein Schreiber im 13ten Jahrhundert nicht leicht aus „Martini" ein „martium" gemacht haben wird. Wahrscheinlicher ist es, daß aus dem überlieferten „in domó mariti" in den alten Formeln, später mit und ohne Absicht „Martini" und „martium" geworden ist.

lichen Libell gemacht, wie er in der späteren Kaiserzeit in Gebrauch war. Wenn nun der Verfasser im zwölften Jahrhundert gelebt hätte, wie wäre er dazu gekommen, abweichend vom Paulus und selbst vom Brachylogus, statt des „praetor vel proconsul" den praefectus praetorio hereinzuziehen? Das Amt des praefectus praetorio war damals längst verschollen; wie sollte ein Jurist des 12ten Jahrhunderts bei Conception einer Formel die antiquarische Reminiszenz einflechten, daß Jener ehemals die Criminal-Jurisdiction gehabt habe, und gerade hier ihn einschieben, wo ihm doch der Magister, Senior vicarii, Vicarius (wie bei Petrus), der Comes, ja selbst der Praefectus Urbi, der in Rom als kaiserlicher Beamter im 11ten und 12ten Jahrhundert vorkommt[3]), viel näher gelegen hätte?

Genug, auch hier scheint mir die Annahme einer Erfindung des 12ten Jahrhunderts völlig unzulässig[4]). Fragen wir dagegen jetzt, welche Bedenken der Annahme einer Ueberlieferung aus dem 6ten Jahrhundert im Wege stehen?

Daß ein Jurist in Italien zu Justinian's Zeit solche Formularien des Prozesses, den er aus dem Leben kannte, entworfen habe, ist sicherlich keine gewagte Annahme. Daß sie in die Schulen übergingen, sich hier als Hülfsbuch forterbten und im Gebrauche vielfachen Corruptionen unterlagen, ist sehr begreiflich. Daß endlich diese Tradition sich bis in das 11te und 12te Jahrhundert fortsetzte, und die Reste der Schrift in corrumpirter Gestalt sich in derjenigen Literatur vorfanden, welche Petrus und seine Zeitgenossen überkamen, kann ebenso wenig befremden. Die Schrift, wie sie vorliegt, trägt vielmehr die Spuren dieser langen und zum Theil ihr ungünstigen Geschichte an sich; hätte ein Zeitgenosse des Petrus sie verfaßt, so würden wir sie doch wohl wahrscheinlich in einer nicht mehr corrumpirten Gestalt, als den Petrus selbst, besitzen.

Dazu kommt nun aber die auffallende Singularität den Schrift nach Art und Ueberlieferung. Wir besitzen keine gleiche oder auch nur nahe verwandte; und diese ist uns nur in einer oder zwei Handschriften überliefert. Es erklärt sich Beides be-

---

[3]) Vgl. Hegel, Gesch. der italien. Städteverfassung Bd. 2, S. 282.

[4]) Uebrigens steht der Accusationslibell in keinem nothwendigen Zusammenhange mit den übrigen Formeln.

friedigend daraus, daß die prozessualischen Formen, welche sie schildert, außer Gebrauch kamen, daß daher weder zu ihrer größeren Vervielfältigung, noch zur Abfassung gleicher Schriften späterhin ein Anlaß gegeben war. Man müßte dagegen eine ganze Kette von Unwahrscheinlichkeiten und Zufälligkeiten zur Erklärung dieser Singularität supponiren, wenn die Schrift das Produkt eines Zeitgenossen des Petrus wäre.

In Vergleich mit diesen Hauptpunkten ist alles Uebrige, was Mommsen geltend macht oder bekämpft, von untergeordneter Bedeutung. Es kommt wenig darauf an, ob die Straßburger Ausgabe nach der Prager Handschrift [5]) gemacht ist oder nicht. Ich glaube es nicht, eben weil ich mit dem Verfahren der Herausgeber solcher kleinen Schriften um das Ende des fünfzehnten Jahrhunderts „einigermaßen vertraut" zu sein meine, und denke, daß sich z. B. ein solcher nicht leicht den interessanten Accusations-Libell am Schlusse hätte entgehen lassen, wenn er ihn in seiner Vorlage gefunden.

Einzelne von Mommsen für „barbarisch" erklärte Ausdrücke betreffend, wird sich schwer entscheiden lassen, was im sechsten Jahrhundert in der juristischen Geschäftssprache Italiens möglich war [6]). Indeß ist „falsitas" in der Bedeutung „unwahre Behauptung", wie es hier zu verstehen, durchaus nicht unerhört [7]). Und ebenso findet sich das „suppetere", welches Mommsen hier ganz mißverstanden hat, in der Bedeutung von „unrechtmäßig verlangen" in l. 52 §. 11 D. de furtis 47, 2. Wenn Jaffé statt „sine judice" lesen will „sine induciis", so kann man diese Conjectur gelten lassen: allein sie entscheidet nicht, wie Jaffé zu glauben scheint, gegen mich, da das Wort „induciae" gerade in dieser Bedeutung dem justinianischen Recht sehr wohl bekannt

---

[5]) Diese hat sich, so viel man weiß, schon im 15ten Jahrhundert und vielleicht noch früher in Prag befunden. — Uebrigens ist hier zu berichtigen, daß die mir amtlich mitgetheilte Signatur (worauf ich durch Schulte aufmerksam gemacht wurde) nicht derjenigen in den Katalogen entspricht. Diese ist vielmehr: J. LXXIV.

[6]) Ganz unzulässig ist es jedenfalls, hier den Maaßstab der „echt klassischen Jurisprudenz" anzulegen.

[7]) So bedeutet z. B. in l. 3 C si contra jus 1, 22 die „falsitas precum" keineswegs Fälschung, sondern, im Gegensatz zu der „veritas precum" in l. 4 eod. die Begründung durch unwahre Behauptungen.

ist [8]) und z. B. auch in der von mir citirten Nov. 53 c. 3 §. 1 des Authenticum zu finden gewesen wäre. — Das Wort „praefectatum" kommt im 6ten Jahrhundert nicht vor und ist folglich damals nicht geschrieben; es ist aber auch im 12ten Jahrhundert ebenso wenig nachzuweisen, wie der „praefectus praetorio" — demungeachtet soll der Satz, welcher Beides enthält, nach Mommsen's Meinung gerade damals geschrieben sein! Man vermißt hier in der That die gleichmäßig abwägende Kritik bei Argumenten, die ihr Recht nach beiden Seiten haben. Sollte es nicht besser sein, das Wort „praefectatum" keinem von beiden Zeitaltern zuzuschreiben, sondern es für eine Corruption zu halten, die aus mißverstandenen Abbreviaturen hervorgegangen ist? Es kann sachlich dem „praefectatum regente" zu Grunde liegen „praefecturam urbis regente" oder correcter „praefecti urbis vices agente"; ob aber die Abbreviaturen so gelautet haben, wie ich vorschlug, oder nicht, ist für die Sache von geringer Bedeutung. Dasselbe gilt hinsichtlich der übrigen von Mommsen so scharf angefochtenen Abbreviaturen. Es ist gewiß nicht meine Absicht, mit ihm in einen Streit über Paläographie einzutreten: allein der Verweis, welcher mir bei dieser Gelegenheit zu Handen meiner civilistischen Kollegen ertheilt wird, scheint mir denn doch am unrechten Orte zu stehen. Wenn Texte mit solchen Corruptionen und Abbreviaturen, wie der hier vorliegende, und noch schlimmere gerade in der kleineren juristischen Literatur des Mittelalters [9]), entstehen konnten, so wird man der Annahme nicht ausweichen vermögen, daß regellose Abbreviaturen und willkührliche Auflösungen derselben ihr Wesen getrieben haben: und Mommsen wird nicht geneigt sein, für alle Nachlässigkeiten und

[8]) Die Bezugnahme auf den bekannten sogen. Ordo judiciarius Joh. Andreae nebst Commentar und das Baumgartenberger Formelbuch war daher unnöthig, ist aber auch nicht passend, weil diese Schriften gar Nichts mit den hier zur Frage stehenden justinianischen Prozeßformen zu thun haben, sondern nur die kanonischen Formen kennen. — Beiläufig sei hier bemerkt, daß mir der gelegentliche Gebrauch der alten lateinischen Namen Gaius, Titius u. s. w. bei Petrus und den Glossatoren sowie in späterer Zeit sehr wohl bekannt ist; aber die modernen Namen sind bei diesen gewöhnlicher. Ein Argument habe ich auf die Namen nicht gegründet.

[9]) Manche Handschrift dieser Art, die ich in Händen hatte, enthielt Abbreviaturen, von denen die „gesunde Paläographie" eines sehr anerkannten befreundeten Philologen, dem ich sie vorzulegen pflegte, „nichts wußte".

Willkührlichkeiten der Schreiber einzutreten. Unser Text ist Jahrhunderte lang, zuerst in Schule und Praxis, dann als halbverstandener Ueberrest umhergeworfen, ehe er in die Prager Handschrift des 13ten Jahrhunderts gelangte: wer vermögte da mit Sicherheit zu entscheiden, welche Schicksale einzelnen Wörtern durch die Hand der Abschreiber zu Theil geworden sind?

Es bleibt noch die Frage wegen der Datirung. Wenn Mommsen mich hier fragt, ob ich wirklich der Meinung sei, daß es aus der Zeit nach dem 8ten Jahrhundert keine datirte Urkunde gebe, in welcher der annus Domini fehle? — so kann ich ihm nur mit der Gegenfrage antworten: ob er wirklich glaube, daß in keiner Urkunde des 6ten Jahrhunderts die consulis appellatio ausgelassen oder später ausgefallen sei? Ich denke, wir haben Beide für verständige Leser geschrieben. Handelt es sich aber um Wahrscheinlichkeiten nach Maaßgabe der herrschenden Uebung, so wird wenig Unterschied bestehen zwischen der Auslassung des annus Domini im zwölften, und der Auslassung der consulis appellatio im sechsten Jahrhundert. Nehmen wir aber unsern concreten Fall, so soll ja, nach Mommsen's Meinung, der Jurist des zwölften Jahrhunderts das Datum nach den Vorschriften Justinian's concipirt haben. Da nun aber unter diesen die Angabe des Consuls ausdrücklich aufgeführt ist, so wird durch Mommsen's Annahme der Mangel keineswegs erklärt; vielmehr sollte man denken, daß ein Gelehrter, der den „praefectus praetorio" erfand, gewiß auch den verlangten Consul angedeutet haben würde — und zwar um so mehr, als dieser Titel niemals ganz in Vergessenheit gerieth und sogar mit dem 12ten Jahrhundert wieder in größerer Bedeutung hervortrat [10]).

Ueber den modernen Monatstag ist nur wenig zu sagen. Daß er im 6ten Jahrhundert eine auffallende Rarität ist, habe ich selbst genügend anerkannt; daß er in diesem Jahrhundert unmöglich sei, ist nicht nachgewiesen. Allein kann von den beiden Wörtern „die tertia" und „die quinta" die Entscheidung über die ganze Schrift hergenommen werden? Gesetzt, es stände geschrieben „V. Non. Maii" — ließe sich nicht von diesem Datum

---

[10]) Vgl. Hegel a. a. O. Bd. 1 S. 312 f., Bd. 2 S. 160 ff. — Auch daran ist zu erinnern, daß der Brachylogus (IV, 30) bei der accusatio verlangt: „quo consule factum esse [sit] ostendat".

ebensogut, wie von dem übrigen correcten Inhalt behaupten, er sei von demselben Gelehrten im 12ten Jahrhundert nachgemacht? ja, müßte man nicht von einem exacten Nachbildner der alten Formen, der sich ihretwegen seiner gewohnten Datirung nach dem annus Domini entäußerte, eben jene Form des Datums erwarten? Und wenn nun umgekehrt ein anderes Datum vorliegt, was ist, wenn man es nicht aus dem 6ten Jahrhundert überliefert halten will, daraus zu schließen? Wie mir scheint, mit hoher Wahrscheinlichkeit, ja fast Gewißheit, nichts Anderes, als eine Corruption, welche bekanntlich bei keinem Bestandtheile eines Schriftstücks leichter geschieht und häufiger vorkommt, als gerade bei dem Datum und Zahlen überhaupt; und nirgends lag die Versuchung zur Modernisirung näher. Hatte im Formular ursprünglich etwa nur „dies" gestanden, um die Tagesbestimmung anzudeuten, so war die Einschiebung eines Zahlworts dahinter eine sehr unschuldige Interpolation im Vergleich zu den übrigen, welche handgreiflich vorliegen.

Was schließlich Jaffé's Meinung anlangt, so kann ich mich von ihrer Richtigkeit in keiner Weise überzeugen. Es ist bekanntlich im Lateinischen überhaupt sehr leicht, Reime und reimartige Anklänge herauszufinden; am leichtesten in Formeln, die ohnehin nach einem festen Typus gebildet sind und gewisse Wörter und Satzfügungen nothwendig wiederholen; eine eigenthümliche Schreibart ist darin nicht zu sehen. Sollen Gleichklänge überhaupt Bedeutung haben, so muß sich doch wohl die Absichtlichkeit erkennen lassen.. Dies ist allerdings der Fall, wenn sie, ohne daß die Sache selbst dazu nöthigt, am Schlusse der Satzglieder erscheinen: so ist es bei den von Jaffé zur Erläuterung mitgetheilten Beispielen. Bei unserm Formulare dagegen muß Jaffé, um den Reim herauszubringen, mehrfach nicht nur die Zeilen mitten im Satzgliede abbrechen, sondern auch Wörter gegen die Ueberlieferung versetzen (Titium), hinzufügen (adesse) und weglassen (tradendum). Und trotz dieser Hülfsmittel und trotz des unvermeidlichen Gleichklangs der Formeln bleiben noch reimlose Sätze übrig, ja der Gleichklang geht zum großen Theil nicht über die Endung hinaus! Daß damit nun bewiesen sein sollte, daß diese Formeln „unzweifelhaft dem Gebiet der Reimprosa angehören", kann ich durchaus nicht zugeben. Im Gegentheil: Reime und Gleichklänge pflegen die beste Sicherheit für

die richtige Ueberlieferung der ursprünglichen Satz- und Wort-Ordnung zu gewähren; wo man sie erst mühsam hervorsuchen und künstlich herstellen muß, da spricht Alles dagegen, daß sie ursprünglich beabsichtigt waren.

Nach Allem bleibe ich bei der Meinung, welche ich oben nochmals kurz zusammengefaßt habe, weil mir die Gründe zu ihrem Gunsten unbedingt zu überwiegen scheinen. Gesetzt aber, es gelänge, durch bessere Gründe nachzuweisen, daß unser Fragment seine erste Entstehung im 11ten oder 12ten Jahrhundert gefunden habe: würden wir dann die hier geführten Untersuchungen als verfehlt zu betrachten, die Schrift selbst als werthloses „Machwerk" geringschätzig bei Seite zu schieben haben? Ich glaube nicht. Unsere Kenntniß der vorbolognesischen Zeit ist so dürftig, daß jede Ueberlieferung derselben unsere besondere Aufmerksamkeit verdient; und die Erkenntniß, daß dieses Fragment „Formeln des justinianischen Prozesses" enthält, behauptet ihren Werth, ja erlangt vielleicht noch einen höheren, wenn sich mit Sicherheit das 12te Jahrhundert als die Entstehungszeit erweisen ließe. Denn diese Formeln würden uns dann (gegen unser bisheriges Wissen) ein Zeugniß für die wichtige Thatsache sein, daß die alten Formen des Justinianischen Prozesses bis in diese Periode hinein noch in Uebung bestanden, mithin auf eine ganz eigenthümliche Continuität und Zähigkeit in der Tradition der Prozeß-Praxis schließen lassen. Und dies Ergebniß — wenn es sicher constatirt wäre — würde merkwürdiger sein, als die Erhaltung einiger Fragmente aus Justinian's Zeit.

Ueber den Gregorianus und Hermogenianus Codex.

Von

Herrn Geheimen Justiz-Rath Professor Dr. Huschke in Breslau.

Ueber diese beiden Codices besitzen wir zwei fleißige Monographien, eine ältere von Chr. Fr. Pohl Diss. de CC. Greg. atque Herm. Lips. 1774. 4. und eine nach den Entdeckungen neuer Fragmente der beiden Sammlungen geschriebene von H. F. Jacobson Diss. crit. de CC. Greg. et Herm. Regim. Boruss. 1826, in denen man auch die ältere Literatur angeführt findet. Es haben sich außerdem die neuern Verfasser von Rechtsgeschichten und Uebersichten über die Römischen Rechtsquellen mitunter ausführlicher darüber ausgesprochen, wovon Zimmern, Gesch. d. Röm. Privatr. I. §. 46, G. E. Heimbach im Leipz. Repert. 1845. S. 11—17. 49—58, und Puchta, Cursus der Instit. I. §. 135 das Bedeutendste geleistet haben möchten, und endlich sind die Ueberbleibsel beider Codices, soweit sie diesen ausdrücklich zugeschrieben werden, aus den vorjustinianischen und byzantinischen Rechtsquellen in den bekannten Ausgaben von Hänel im Bonner corp. iur. anteiust. unter Vorausschickung lehrreicher Einleitungen vollständig zusammengestellt worden. Es fehlt aber noch viel, daß man über die Geschichte und geschichtliche Bedeutung dieser beiden Codices zu voller Einsicht und einem dadurch bedingten Einverständniß gelangt wäre. Vielleicht gelingt es nun der nachstehenden Untersuchung, diesen nicht unwichtigen Theil der äußern Rechtsgeschichte wenigstens in etwas zu fördern.

Eine Hauptquelle für die Geschichte dieser Sammlungen ist ihr Name. Als solcher gilt bei uns ganz unbedenklich Gregorianus und Hermogenianus Codex. Merkwürdiger Weise hat man sich aber meines Wissens noch nie die Frage vorgelegt, deren richtige Beantwortung doch wegen der daraus zu ziehenden Folgerungen von großer Wichtigkeit ist: woher jener Name eigentlich stamme. So wohlbegründet derselbe nun auch in einem Theile der uns vorliegenden Ueberlieferung ist — er kommt so zuerst in Theodos II. Verordnung vom J. 438 (L. 5. Th. C. de constit. princ. 1, 5) und dann öfter in Justinians Verordnungen vor seinem Codex, im breviarium Alaricianum und in den spätern Byzantinischen Rechtsquellen vor, während andere später anzuführende Stellen die Sammlungen allgemeiner corpus Gregoriani oder Hermogeniani nennen — so läßt sich doch eben so gewiß behaupten, daß er nicht der ursprüngliche, von den Verfassern selbst ihren Werken beigelegte sein kann. Denn so wie der Name ius civile Papirianum, Flavianum und Aelianum nicht von den Urhebern dieser Sammlungen selbst herrührte, sondern diese nur nach ihren Urhebern später so genannt wurden (L. 2. §§. 2. 7. D. de orig. iur. 2, 1) und eben dieses auch von den leges Manilianae, actiones Hostilianae, den Senatusconsulten, Bau- und anderen Werken mit ähnlichen Namen gilt, so kann es auch mit diesen Sammlungen nicht anders zugegangen sein, da deren Verfasser, bloße Privatleute, noch weder die Veranlassung in einem Vorbilde, noch die Macht hatten, so wie nachher Theodos II. 'ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani Codicis' (L. 5 Th. C. de constit. princ. 1, 1. Isidor. Orig. 5, 1, 7.) oder Justinian für ihre ähnlichen Sammlungen einen solchen Namen selbst vorzuschreiben. Zweierlei ist hinsichtlich des von den Verfassern selbst gewählten Titels zu unterscheiden: Name des Buchs und des Verfassers. Daß sie das erstere Codex nannten, ist wenigstens sehr wahrscheinlich, da sich daraus die spätere Beibehaltung dieses Namens am leichtesten erklärt und sie selbst nicht versäumt haben werden, das der Form nach Charakteristische ihrer Werke, die bloße Sammlungen in einem zum bequemen Nachschlagen geeigneten Buche sein sollten [1]), hervorzuheben. Dazu mußte aber jedenfalls die Be-

[1]) Ueber diese besondere Bedeutung von codex im Gegensatz zu einem

zeichnung des Inhalts dieses Codex kommen: erst eine spätere Zeit konnte ihn conventionell weglassen, weil er, da es blos für diesen Inhalt dergleichen Codices gab, nach Nennung des Namens des Verfassers sich von selbst verstand. Diese Bezeichnung war aber wohl ohne Zweifel constitutionum (principalium), vielleicht noch mit einer näheren Charakteristik der Zeit und der Art der Constitutionen; denn mit diesem Namen werden die einzelnen Stücke aus diesen Sammlungen in den ältesten Quellen angeführt [2]). Denselben Titel (constitutionum libri XX nach dem index Flor.) führte eine Zusammenstellung der Erlasse Mark Aurels von Papirius Justus, obgleich sie nach den vorhandenen Fragmenten nur Rescripte enthielt, und er paßte hier umsomehr, da unsere beiden Sammlungen nicht blos für Rescripte bestimmt waren. Hinsichtlich des Namens des Autors werden die Verfasser bei Titulierung ihrer Werke ganz ebenso verfahren haben, wie es damals allgemeiner Brauch war, d. h. sie setzten ihre Eigennamen im Genitive dem Namen des Werkes voran und erst im Munde des Volks, d. h. zunächst der citierenden Advocaten und Gelehrten setzte sich der Name Gregorianus und Hermogenianus Codex fest, wahrscheinlich in der Art, daß man diese Werke, wie andere, anfangs mit dem voranstehenden Namen des Verfassers citierte, z. B. Gregorianus lib. II. codicis constit. illam constitutionem refert, wie sich denn dergleichen Citate und Anführungen der Verfasser auch aus älterer Zeit noch

---

volumen oder liber vgl. z. B. Cuiac. paratitl. ad Just. C. init. Ritter ad J. Gothofr. proleg. C. Th. c. I. not. (b). Schulting ad Paul. 3, 6. §. 87.

[2]) Collat. 1, 8. Item Gregorianus libro XIV. ad legem Corneliam de sicariis et veneficis talem constitutionem ponit. 1, 9. Item Gregorianus eodem titulo et libro talem constitutionem ponit. 6, 5. Hanc quoque constitutionem Gregorianus titulo de nuptiis inseruit, quae est tricesima et secunda etc. 10, 3. Hermogenianus sub titulo de deposito huiusmodi inserit constitutiones. Nur zweimal nennt der Verfasser das einzelne Stück mit seinem speciellen Namen 1, 10. Item Gregorianus eodem libro et titulo tale rescriptum dedit. 6, 4. Gregorianus libro quinto sub titulo de nuptiis exemplum literarum Diocletiani et Maximiani Impp. talem coniunctionem graviter punire commemorat. Weniger Gewicht ist auf die διατάξεις zu legen, welche Scholien zu den Basiliken diesen Codices beilegen (Anm. 3), oder auf das Item alia eodem libro et corpore (Greg.) der Consult. 2, 7; denn daß man dabei nicht nothwendig an constitutio zu denken braucht, sondern auch das allgemeinere species verstanden sein kann,

erhalten haben [3]), daraus aber unter dem begünstigenden Einfluß des Titels, den das Werk führte, z. B. Gregoriani Codicis constitutionum libri tot — bei dem man nicht sieht, ob Gregoriani Adjectiv von Codicis oder davon abhängiger Genitiv des Eigennamens des Verfassers ist — und bei der überwiegenden Wich-

zeigt der Gebrauch desselben Worts 3, 7—9 in Anwendung auf Pauli sententiae.

[3]) Besonders in der Collatio, wo überall diese beiden Juristen noch eben so citiert werden, wie die im Citiergesetz hervorgehobenen, z. B. 6, 5: Hermogenianus sub titulo de nuptiis und dann: Hanc quoque constitutionem Gregorianus titulo de nuptiis inseruit. Außerdem 1, 8. 9. 10. 3, 4. 6, 4. 10, 3. 8. 15, 3. Ebendahin darf man die Citate in den Fr. Vat. 266 a. 270. 272. 285. 286. 288 rechnen, wo nach Greg. oder Herm. auch eines codex oder corpus keine Erwähnung geschieht, sondern nur des Buchs oder Titels. Vgl. außerdem Augustin. ad Pollent. de coniug. adult. 2, 7. p. 1752 ed. Bassan. Nam supra dicti imperatoris haec verba sunt, quae apud Gregorianum leguntur: Sane, inquit, meae litterae etc. und über diesen Gebrauch von apud, statt dessen bei Citaten aus einem Werke in (oder ex) stehen müßte, Hand Tursell. I. p. 409. Desgleichen Coel. Sedul. praef. ad pasch. opus in Biblioth. patr. max. VI. p. 458. cognoscant Hermogenianum doctissimum iurislatorem tres editiones sui operis confecisse. Offenbare Anführungen der Verfasser enthalten selbst aus späterer Zeit interpr. ad L. 3. Th. C. de resp. prud. (1, 4) nach Erwähnung von Scävola, Sabinus Julianus, Marcellus: Gregorianum vero et Hermogenianum ideo lex ista praeteriit, quia suis auctoritatibus confirmantur ex lege priore etc. (welcher Zusatz allerdings zeigt, daß zugleich ihre Werke gemeint sind) und dann besonders: Sed ex his omnibus iurisconsultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paullo, quae necessaria caussis praesentium temporum videbantur, elegimus. Daß dagegen in der Consultatio 1, 6—10 (12). 2, 6. 7 (3, 12. 13). 4, 9—11. 5, 6. 7. 6, 10—19. (7 a, 3. 8, 2—5. 7). 9, 1. 8 (12) 14—19, der Lex Rom. Burgundionum tit. 3. 14. 23. 38. 44 und der Titelübersicht der Lex Rom. Visigothorum die gewöhnliche Anführung ex corpore Gregoriani oder Hermogeniani, oder secundum legem Gregoriani und dergl. nicht auf die Person, sondern auf den Codex dieses Namens sich bezieht, geht daraus hervor, daß in denselben Werken (namentlich in den vorhin eingeklammerten Stellen der Consult.) ganz eben so der Theodosianus citiert wird. Dasselbe gilt von dem Citat in dem Basilikenscholium T. 1. p. 704. Heimb. τὰς ἐν τῷ Ἑρμογενιανῷ καὶ Γρηγοριανῷ διατάξεις, besonders im Vergleich mit einem anderen p. 726. πολλὰς διατάξεις μάλιστα ἐν τῷ ποτε λεγομένῳ Ἑρμογενιανῷ κώδικι λεγούσας und Harmenop. 1, 1. §. 4. Nicht zu rechtfertigen ist es aber, wenn Osann (Anm. 5), um zu zeigen, daß Gregorianus und Hermogenianus stets auf die Werke sich beziehen, von diesen späteren Stellen ausgeht und dann auf gewaltsame Weise auch die frühern auf dieselbe Weise zu deuten sucht.

tigkeit der Form des Werks als Nachschlagebuchs (Codex), in welchem materiell nur die Kaiser, von denen jede Constitution herrührt, eine auctoritative Bedeutung haben, bald eine Herabsetzung des Namens des Verfassers zu einem Adjectiv und damit eine Verschmelzung mit dem Titel des Buches selbst hervorging.

Dieser Hergang ist insofern nicht unwichtig, als er einerseits erklärt, weshalb der doch adjectivische Eigenname bei diesen Codices und ihren beiden Nachfolgern stets voransteht, was bei andern ähnlich benannten Werken, wie dem ius civile Flavianum, den Senatusconsulten u. s. w. sich meist umgekehrt verhält, andererseits danach die Ansicht Vieler, die Verfasser dieser Codices hätten nicht Gregorianus und Hermogenianus, sondern nur Gregorius und Hermogenes heißen können, ihre Kraft verliert. An sich ist diese Ansicht wohl in den Regeln der älteren Lateinischen Wortbildung begründet und ihr kann auch nicht durch die übrigens jetzt wohl allgemein angenommene Meinung, daß Eigennamen in -anus bei adjectivischer Verwendung nach Lateinisch-occidentalem Gebrauch unverändert bleiben (z. B. in den aurei Valeriani, thermae Diocletianae), während man sie im Orient in -aneus[4]) erweiterte (Hugo Rechtsgesch. S. 740. Böcking Pandekten 1853. I. S. 59), nicht genügend begegnet werden, da auch die Oströmer bei diesen Codices sich stets nur der unverlängerten Form bedienen (Anm. 3). Aber besondere Gründe des Sprachgebrauchs besiegen oft allgemeine Sprachregeln und solche haben wir für diese Codices eben nachgewiesen. Zugleich setzen nun aber die für jene Gründe angegebenen Citate außer Zweifel, daß die Verfasser der beiden Sammlungen nicht Gregorius und Hermogenes, sondern Gregorianus und Hermogenianus geheißen haben.[5])

Da uns nun über die Lebensverhältnisse dieser Männer durchaus nichts bekannt ist, so sind wir wegen der übrigen historischen Beziehungen der beiden Sammlungen lediglich auf deren uns bekannte spätere Schicksale, die Art, wie sie citiert werden,

---

[4]) Oder anius, wie z. B. das edictum perpetuum im Orient τὸ Ἀδριάνιον hieß. Vgl. meine iurispr. antei. ed. 2. p. 91.

[5]) Was auch die Meinung der meisten Rechtshistoriker ist. Die Abhandlung von Osann Pompon. de orig. iur. fragm. Exc. VI. p. 151 — 157, welche wieder das Gegentheil darzuthun gesucht hat, stützt sich nur auf die in Anm. 3 widerlegte irrige Auffassung und Beurtheilung der Quellenzeugnisse.

und die aus ihnen erhaltenen Bruchstücke angewiesen. Durch Justinians Zeugniß wissen wir, daß er aus den drei Codices (Greg., Herm. und Theod.) und den späteren Constitutionen seine Constitutionensammlung hat verfertigen lassen[6]). Ueberall, wo des Greg. und Herm. neben einander Erwähnung geschieht, steht der erste Name voran[7]), und eben so enthält die Westgothische Lex Romana zuerst Stellen aus dem Gregorianischen und alsdann aus dem Hermogenianischen Codex. Hieraus und aus dem Umstande, daß aus dem Gregorianischen Codex Bücher und Titel, aus dem Hermogenianischen nur Titel[8]) citiert werden, hat man ziemlich allgemein und mit Recht geschlossen, daß jener die ältere Hauptsammlung gewesen sei, zu der der andere sich nur als Supplementsammlung verhalten habe. Auch wird dieses dadurch bestätigt, daß, wenn beide zusammengenannt werden, niemals von Codices, sondern nur von Gregorianus et Hermogenianus Codex die Rede ist, was voraussetzt, daß sie aus einem höhern materiellen Gesichtspunct betrachtet doch nur Eine Sammlung bildeten, und daß die ältesten aus dem Herm. citierten Constitutionen von Diocletian und Maximian sind, während der Greg. mit Constitutionen von diesen Kaisern schließt und außerdem viele andere von frühern Kaisern, die älteste, wenn wir nur auf die ausdrücklich ihm beigelegten sehen, von Severus aus dem J. 196 (Haenel series chronol. in seiner Ausgabe des Gr. C. p. 50), enthält. Doch müssen wir, wenn der Herm. erst mit den gedachten Kaisern anfing, und Justinian bezeugt, daß sein Codex für die Zeit vor Theodos II. nur aus den in den drei Codices enthaltenen Constitutionen geschöpft habe, dem Greg. C. auch

6) Const. Haec quae necessario pr., Summa reip. §. 1.

7) In den eben angeführten Constitutionen, in der S. 280 erwähnten von Theodos II., woraus wieder Isidor l. c. geschöpft hat, und der interpr. zu L. 3. Th. C. de resp. prud. (Anm. 3). Die einzige Ausnahme, welche ein spätes Scholium der Basiliken (Anm. 3) macht, hat keine Bedeutung.

8) Eine einzige Handschrift des Breviars hat Incipiunt capitula libri I. Hermogeniani (Haenel ed. Breviar. p. 66), wo aber das libri I. offenbar eben so wohl wie die capitula blos von dem Abschreiber herrührt, der zu Anfang eines Werks einen lib. I. als selbstverständlich betrachtete. Einmal gibt auch die Consult. 4, 10 eine Constitution unter der Ueberschrift: Item eodem corpore et lib., nach 9: Ex corpore Hermogeniani tit. de pact. et transact. Da hier aber folgt 11: Item eodem corpore et tit., so hat schon Schulting lib. als offenbaren bloßen Schreibfehler statt tit. mit Recht corrigiert.

alle vordiocletianischen Constitutionen des Just. C. zuschreiben, die bekanntlich bis auf Hadrian zurückreichen.

Dieses chronologische Verhältniß unserer beiden Codices läßt sich aber noch näher feststellen. Es kommt hier zunächst auf die Gränze zwischen den letzten Diocletianischen Constitutionen des Greg. und den ersten des Herm. C. an. Als letzte aus dem Greg. C. führt Hänel, jedoch mit Fragezeichen, seine L. 4. Gr. C. famil. erc. (3, 4) aus Consult. 2, 6 an, angeblich vom J. 296. Sie fällt aber sicher nicht so spät, wie schon daraus hervorgeht, daß dieselbe nur etwas verändert auch im Just. C. als L. 3 comm. utr. iud. (3, 38) vorkommende Verordnung dort unmittelbar nach einem Rescript vom J. 229 und unmittelbar vor einem Rescript vom October 290 steht, auf welches dann zunächst ein anderes von 293—304 und dann mehrere von 294—304 folgen. Auch beruht die Setzung in das J. 296 nur auf der offenbar verderbten subscr. in der Consultatio: PP. XVII. Kal. Jul. ipsis VI. et Constantio III coss., woraus Hänel machen will ipso A. (was auf Diocletian gehen soll) VI et Constantio II coss. Aber die verglichenen Handschriften des Just. C. haben das Wort Constantio überhaupt nicht — es ist wahrscheinlich auch nur ein hier vom Rande in den Text eingeschlichenes ursprüngliches coss., welches zunächst constitutio gedeutet und dann der Nachbarschaft gemäß in Constantio verwandelt wurde, wie etwas Aehnliches sich auch in den Fr. Vat. 275 und in der Collat. 6, 5 findet, und Herrmann hat in der Kriegelschen Ausgabe das corp. iur. nach dem ms. Pist. die richtige Subscription ipsis IV et III AA. coss. (worin nur AA. versetzt scheint), also das J. 290 wiederhergestellt.

Die nächst jüngste Constitution, seine L. 2. Greg. C. de nuptiis (5, 1) setzt Hänel in das J. 295, Tusco Anulino coss. nach Collat. 6, 4, mit deren Datum auch L. 17. Just. C. de nuptiis (5, 4) übereinstimmt, und sie ist in der That die sicher jüngste Constitution. Zwei andere, mit dem Datumsansatz 294—302, nehmlich L. 6. 7. Greg. C. de pactis (1, 10) aus Consult. 9, 18. 19 können zwar nach der dortigen Angabe des Consulats Caes. coss. von 294, 300 oder 302 sein. Wird aber die Zahl des Consulats, welches dieselben Personen mehrmals zusammen bekleidet haben, nicht hinzugefügt, so streitet die Vermuthung in der Regel für das erste, bei dem man eben noch

nicht wußte, ob ein zweites folgen würde, und so gehören diese Constitutionen wahrscheinlich ins J. 294. Aus demselben Grunde möchte ich die L. 5. Greg. C. de transact. (1, 11) aus Consult. 9, 9 mit dem Consulat Ipsis AA. coss., was auf die Jahre 287. 290. 293. 304 paßt, dem ersten Jahr vindicieren. Alle übrigen Diocletianischen Constitutionen des Greg. C. mit Consulatsdatum sind sicher aus frühern Jahren, und zwar nach Hänel's Uebersicht 1 aus dem J. 285, 4 aus dem J. 286, 4, richtiger 3 aus dem J. 287 (denn die über die Manichäer hat kein Consulat, scheint aber nach ihrer Inscription aus der Zeit der Viertheilung des Reichs zu sein — vgl. meine iurispr. anteiust. p. 597. not. 27), 3 aus dem J. 290.

Als älteste Constitution des Herm. C. führt dagegen Hänel p. 79 seiner Ausgabe vgl. mit p. 30 seines Greg. C. die L. 1. Herm. C. de nuptiis (14) vom J. 287 nach Collat. 6, 5 an, dieses aber auch irrig. An dieser Stelle hat nehmlich jene Verordnung als Auszug aus dem Herm. C. die Subscription Prop. Id. Mart. (Tiberiano) et Dione coss., wie schon Schulting unzweifelhaft richtig ergänzt hat, und gehört also dem J. 291 an; der Verfasser der Collatio oder wahrscheinlicher ein späterer Besitzer eines Exemplars derselben, aus welcher unsere Handschriften stammen, bemerkt aber dazu, daß dieselbe Verordnung auch (wie die vorhergehende 6, 4) im Greg. C. als 32ste des tit. de nuptiis stehe, jedoch mit anderem Datum, und gibt als solches PP. V. Id. Jun. Diocletiano ter et Maximiano Augustis (coss.) d. h. das J. 287 an. Die Kaiser hatten also ähnlich wie in dem Falle der Consult. 5, 7 dasselbe bereits 287, wir wissen nicht an wen, erlassene Rescript im J. 291 auch dem vermuthlich in einem andern Lande wohnenden Flavianus, an den es im Herm. C. adressiert ist, zugefertigt, ohne Zweifel, weil er nach seiner Eingabe sich in ähnlicher Lage befand, und in dieser äußern Gestalt nahm Hermogenian es in seine Sammlung auf. Als so datierte Constitution ist sie nun auch die älteste des Herm. C. Die nächst älteste [9]) noch erhaltene ist die L. 1. de instrum.

[9]) Ich berücksichtige überhaupt nicht L. 1. 2. C. si contra ius (1, 22) von 290 und 294 L. 1 C. de adsessor. (1, 51) von 291 und L. un. C. de errore calc. (2, 5) von 293, von welchen Hänel gelegentlich (ad Greg. C. 1, 12. p. 7. not. q) einmal behauptet, sie seien nicht aus dem Greg., sondern aus dem Herm. C. genommen. Denn es geschieht dieses nur aus dem offen-

(10) von 293. Darauf folgen 12 mit ipsis AA. coss. — von welcher Art wir im Greg. nur eine fanden — und diese setzt man im Herm. C. wohl mit Recht in die Jahre 293 — 304; denn wahrscheinlich waren die vom Sammler benutzten Originale oder Abschriften selbst nachlässig so datiert, und fand er sie nicht in der ältern Sammlung, so präsumierte er als Supplementsammler mit Recht ein späteres Datum, wenn er planmäßig etwa von 291 anfing. Eben so sind zu beurtheilen 8 Constitutionen mit Caess. coss. (vielleicht auch L. 11. Just. C. de pign. act. 4, 24. vgl. mit Lex Rom. Burg. 14) und eine der Sache nach gleichdatierte mit Constantio et Maxim(ian)o coss.; sie werden ebenso wahrscheinlicher aus den letzten Consulaten dieser Cäsaren (300 oder 302), wie die nur zwei ebenso datierten des Greg. C. aus dem ersten (294) herrühren. Außerdem haben wir nur noch eine Diocletianische Constitution aus dem Herm. C. von 295.

Das Resultat unserer Untersuchung wäre also: die jüngste Constitution im Greg. C. ist von 295, die älteste des Herm. von 291. Es ist möglich, daß der Zufall auf das Verhältniß der aus dem einen und dem andern Codex ausdrücklich angeführten Constitutionen eingewirkt hat. Im Zweifel müssen wir aber doch auch ihm eine gewisse Gleichmäßigkeit zuschreiben, und dieses vorausgesetzt, dürfen wir doch aus dem berichteten Sachverhalt schließen, daß Gregorian seine Sammlung nicht blos unter der Regierung des Diocletian überhaupt, sondern auch, daß er sie bald nach der Mitte des letzten Decennium des dritten Jahrhunderts herausgegeben hat. Dieses wird nun auch dadurch bestätigt, daß in einem Rescript vom J. 290, welches die Collat. 1, 10 aus dem 14ten Buch des Greg. C. mittheilt, die Inscription nach Blume's [10]) eben so unzweifelhafter wie scharfsinniger Conjectur lautet Diocletianus et (Maximianus) domini nostri und, worauf derselbe als eine Bestätigung auch schon aufmerksam gemacht hat, in der Inscription der bereits besprochenen Verord-

---

bar ganz unhaltbaren Grunde, weil diese Constitutionen von Diocletian in den betreffenden Titeln den Anfang machten: als wenn Justinian Diocletianische Constitutionen in einen Titel nur dann aus dem Greg. C. genommen haben könnte, wenn er zugleich auch noch ältere eben demselben entlehnt hätte.

[10]) Vgl. dessen Ausgabe der Lex Dei Proleg. p. XIV — p. 10 und Exc. II. p. 156. Auch Deurer in den Heidelb. Jahrb. 1833. S. 1071.

nung derselben Kaiser vom J. 295 Collat. 6, 4, deren Cäsaren[11]) nobilissimi genannt werden, was auch nur bei noch lebenden zu geschehen pflegt.

Dazu kommt noch ein Umstand, auf den wohl noch nicht aufmerksam gemacht ist und der besonders dann ins Gewicht fällt, wenn wir die Gregorianische Sammlung als ein von Diocletian selbst veranlaßtes Werk ansehen dürfen. Dieser Kaiser war eben so erfüllt von dem Geiste des alten Römerthums und der Majestät der davon getragenen Kaiserherrschaft, welche er mit aller Energie zu ihrem alten Glanze zurückzuführen suchte, wie ihn ein Gefühl beherrschte, daß mit ihm eine Periode derselben zu Ende gehe, wonach denn auch die von ihm angewandten Mittel schon eine neue Periode ankündigen. Ein Beweis dafür liegt unter Anderem auch darin, daß unter ihm und größtentheils von ihm veranlaßt[12]) die Biographen der Kaiser von Hadrian bis auf Diocletian schrieben, von denen wir noch die bekannte Sammlung der s. g. scriptores historiae Augustae besitzen. Entsprach nun dieser Hofhistoriographie nicht ganz und gar, daß gleichzeitig auch eine Sammlung der genau von denselben Kaisern herrührenden Constitutionen angelegt wurde? Wir kennen keinen bedeutenden Juristen Gregorianus unter Diocletian; der Verfasser des Codex scheint nur ein untergeordnetes Subject gewesen zu sein; aber auch das entspricht der literärischen Bedeutung eines Spartian, Vopiscus, Trebellius Pollio, Vulcatius, die nicht mehr mit den

---

[11]) So nach meiner Conjectur in der iurispr. antei. p. 569 zu dieser Stelle, die durch die gleich beweisende L. 5. C. de iur. et facti ignor. (1, 18) (293) — offenbar auch aus dem Greg. C. — bestätigt wird.

[12]) Liest man die so häufigen Anreden Diocletian's und, in den später verfaßten Lebensbeschreibungen, Constantin's (man vergleiche die Stellen in dem Index der Ausgabe von Peters unter Diocl. und Const.), so kann man sich des Gedankens nicht erwehren, daß das ganze Unternehmen kaiserlich bestellte Arbeit war. Beispielsweise führe ich an Capitolin's Schluß der vita Macrini, der zugleich mit dem Ausdruck veteres imperatores das Bewußtsein des damaligen Aufganges einer neuen Periode kund gibt: Quae de plurimis collecta serenitati tuae, Diocletiane Auguste, detulimus, quia te cupidum veterum imperatorum esse perspeximus. Die vielen beigebrachten Urkunden bezeugen auch, daß den Verfassern die kaiserlichen Archive zu Gebot gestellt wurden. Uebrigens vergleiche man über diese Schriftsteller Tillemont hist. des empereurs 4, 1. p. 99 seq. und die Nachweisungen in Bernhardy's Gesch. der Röm. Liter. S. 708 flg.

alten Geschichtschreibern der Kaiserzeit auf gleiche Linie gestellt werden können.

Aus dem Herm. C. werden blos Rescripte angeführt und diese sind größtentheils von Diocletian und Maximian — nach Hänels Ausgabe 33 mit Einschluß derer ohne Angabe des Jahres. Außerdem weist ihm nur die Consult. 9, 1—7 noch sieben Rescripte zu, sämmtlich von Valentinian und Valens, die zweite bis fünfte und die siebente mit ipsis AA. coss., und also vermuthlich von 365, wo diese beiden Kaiser zum ersten Male zusammen Consuln waren, die sechste und wahrscheinlich auch die erste, bei der das Consulat fehlt, von 364[13]). Ohne irgend welchen hinreichenden Grund haben Viele diesen Citaten, nach denen wenigstens der vollständige Herm. C. erst nach 364 verfaßt sein kann, die Glaubwürdigkeit bestritten und entweder gemeint[14]), daß Hermogeniani irrig für Theodosiani gesetzt sei, oder angenommen, daß von einem frühern Besitzer des Exemplars des Herm. C., dessen sich der oder die Verfasser der Consultationen bedient, diese ihm eigentlich fremden Constitutionen dazu

[13]) Wenn das Monatsdatum der ersten IV. Id. Aug. richtig ist. Gewöhnlich setzt man sie (auch ich selbst früher) 365. Aber 1) gehören offenbar die 7 Constitutionen nach ihrem Inhalt drei Titeln an, 1—5 dem Titel de pactis, 6 dem de transactionibus (über dessen richtige Trennung von dem de pactis im Greg. C. Haenel ad Greg. C. p. 2 zu vergleichen ist, wonach die Consult. 4, 9—11 beide für den Herm. C. nur um der Kürze willen zusammengezogen haben kann), 7 dem ad SC. Claudianum. Dem entsprechend haben von diesen in der Consultatio ununterbrochen folgenden Constitutionen 1, 6 und 7 selbständige Inscriptionen mit Impp. Valens et Valentinianus (oder umgekehrt), 2—5 aber nur Iidem AA. Stand aber hiernach 1, die vom IV. Id. Aug. datiert ist, im Herm. C. in demselben Titel vor 2 vom Februar 365, so muß sie noch von 364 sein. 2) 1 ist von Mailand ad Volusianum praefect. urbis addressiert. An denselben als Stadtpräfecten haben wir aber auch die gleichfalls von Mailand aus adressierte L. 1. Th. C. de cond. in publ. horr. (11, 14) vom April 364. Wie sich freilich diese Stadtpräfectur des Volusian im J. 364 mit der des Symmachus, der sie in diesem Jahr nach vielen andern Zeugnissen bekleidete, und mit seiner eigenen im J. 365 (L. 5. Th. C. de offic. praef. urbi 1, 6) vereinigt, ist eine schwierige, hier nicht zu lösende Frage, welche die Chronologen vielfach beschäftigt hat. Vgl. J. Gothofr. ad L. 1. Th. C. cit. Tillemont hist. d. emp. 5, 1, p. 330. Corsin. series praef. urb. p. 227.

[14]) Dieses die ältere, zuerst von Cuiacius aufgestellte Ansicht. Dagegen vgl. Wenck in seiner Ausg. der C. Theod. lib. 5 prior. p. 109. not. x. p. 242 not. m. Zimmern S. 161. Anm. 28.

geschrieben worden seien [15]). Die Willkührlichkeit beider Ansichten springt in die Augen; die erste ist auch noch positiv dadurch widerlegt worden, daß die später vollständig aufgefundenen Titel des Th. C., in denen diese Constitutionen hätten stehen müssen, sie nicht haben und daß im Th. C. nicht mit ipsis AA. coss. datiert wird, wie in jenen Hermogenianischen Constitutionen geschieht. Die einzige, zwar schon an sich sehr schwache Stütze, welche für die letztere Meinung darin gefunden werden könnte, daß die Consult. l. c. die fraglichen Constitutionen nur ganz allgemein ex corpore Hermogeniani ohne Angabe eines Titels citiert, fällt damit weg, daß auch die Citate aus dem Greg. und Theod. C. in demselben c. 9 meistens ebenso gegeben sind. Die Ungeneigtheit, nachconstantinische Constitutionen im Herm. C. anzuerkennen, welche eigentlich beiden Ansichten zu Grunde liegt, beruht aber blos auf der vorgefaßten Ansicht, daß diese Constitutionen sämmtlich in dem mit dem J. 312 anfangenden Theodosianischen Codex stehen müßten oder daß die Verfasser des Gr. und Herm. C. entgegen der Neuerungslust des christlichen Kaisers Constantin mit ihren Sammlungen bezweckt hätten, das noch unversehrte Recht der guten alten heidnischen Zeit in besserer Geltung zu erhalten, und daher auch Hermogenian unter diesem Kaiser gelebt haben müsse [16]).

Man könnte meinen, die Streitfrage, ob der Herm. C. auch Constantinische und spätere Constitutionen enthalten habe, müsse sich leicht aus dem Just. C. entscheiden lassen, wenn dieser dergleichen Constitutionen enthalte, die nicht aus dem Th. C. herrühren, weil diese dann nur aus dem Herm. C. entlehnt sein könnten. Dem ist jedoch nicht so. Wohl finden sich viele Con-

---

[15]) Dieses die neuere Ansicht von Hänel Praef. ad Herm. C. p. 62. Dagegen vgl. Puchta, Cursus der Inst. I. S. 656 der 3. Ausg. Heimbach a. a. O. S. 50 flg.

[16]) So besonders J. Gothofredus Proleg. C. Th., c. I. Heinecc. hist. iur. §. 367. Eine mittlere Meinung, neuerlich auch wieder von Mommsen ad Fr. Vat. p. 399 aufgestellt, läßt Hermogenian den Codex in den Anfängen Constantin's, die epitomae unter Constantin's Söhnen schreiben und sucht die Citate der Valentinianischen Constitutionen aus dem Herm. C. damit durch die Annahme zu vereinigen, daß die dritte Ausgabe des letzteren, welche sie zuerst enthalten habe, erst nach Hermogenian's Tode herausgekommen sei. Es ist schon längst mit Recht entgegnet worden, daß nach dem ausdrücklichen Zeugniß des Sedulius Hermogenian selbst die drei Ausgaben seines Codex besorgt hat.

stitutionen der gedachten Art im Just. C., deren Quelle im Th. C. nicht nachgewiesen werden kann — sie reichen, wie man sich aus Hänel's index legum p. 28—75 (hinter seinem corpus legum) überzeugen kann, bis zur Abfassungszeit des Th. C. herab —; sehr schwer ist aber der Nachweis, daß sie nicht aus dem ächten Th. C. genommen sein könnten, wenn auch zugegeben werden muß, daß ihre Quelle nur dieser oder der Herm. C. gewesen sein kann. Denn den ächten Th. C. haben wir nicht mehr ganz, und auch nach dem Inhalt oder der Form der Constitutionen läßt sich kein ganz zuverlässiges Criterium aufstellen, welches berechtigte, eine einzelne Constitution mit Sicherheit der einen Sammlung zu- und der andern abzusprechen. Doch kommen wir für die Frage der Wahrscheinlichkeit auf diese Controverse zurück. Sicher ist nur, daß einige im J. C. enthaltene Constitutionen vom J. 305, nachdem Diocletian und Maximian abgedankt hatten, und also von den Kaisern, zu denen auch Constantin's Vater gehörte, aus dem Herm. C. genommen sein müssen[17]; fast gewiß, daß einige Rescripte von Constantin selbst, welche in den Fr. Vat. vorkommen, von deren Verfassern auch aus derselben Quelle geschöpft sind[18].

Müssen wir nun den Ursprung wenigstens der vollständigen Sammlung um oder nach 365 setzen, so kann doch auch der Verfasser nicht viel später geschrieben haben, wenn die Collatio, welche ihn schon citiert, nach der mir immer noch wahrscheinlichsten Meinung[19] schon vor dem Ende des vierten Jahrhunderts verfaßt worden ist. Andere Argumente unterstützen dieses oder stehen mindestens damit nicht in Widerspruch. Es hat eine große Wahrscheinlichkeit, daß der Hermogenian, welcher die in Justinian's Pandekten neben Paulus sententiae excerpierten iuris epitomae

[17]) L. 1. C. de feriis (3, 12). L. 5. C. de tutore vel cur. qui satis (5, 42). L. 7. C. qui admitti (6, 9). Ueber die verderbten Inscriptionen vgl. Herrmann's Ausgabe und Mommsen ad Fr. Vat. p. 406.

[18]) Fr. Vat. 32—36 von 312 und spätern Jahren. Nicht mit derselben Zuversicht läßt sich dieses von den Constantinischen Rescripten in dem Titel de donationibus 273. 274. 287 behaupten, weil dieser Titel, wie ich in der iurispr. antei. p. 613. ed. 2 gezeigt, eigenthümliche Quellen hatte und die aus dem Greg. und Herm. C. genommenen Constitutionen desselben als solche von späterer Hand bezeichnet sind, darunter aber die angeführten sich nicht befinden.

[19]) Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 13. Nr. 1.

schrieb, auch der Verfasser des Codex sei, weil beide Werke theils überhaupt — als bloße Auszüge aus den bisherigen weitschichtigen Quellen, das eine für das ius, das andere für die Constitutionen — theils auch nach Anlage und System mit einander verwandt sind[20]); jene epitomae sind aber sicher auch erst in der nachconstantinischen Zeit (wenigstens nach 331) geschrieben[21]). Wenn wir ferner gerade unter Valens und Valentinian und einige Decennien später sehr angesehene Männer mit dem Namen Hermogenian finden — ein Q. Clodius Hermogenianus Olybrius war im J. 379, ein Anicius Hermogenianus Olybrius im J. 395 Consul und von beiden ist außerdem bekannt, daß sie mehrere andere hohe Reichsämter bekleideten[22]) —, so wird es noch wahrscheinlicher, daß die gedachten Werke aus dieser Zeit herrühren und einen aus dieser Familie zum Verfasser hatten, schwerlich aber eben einen der beiden genannten Consuln, da dann nach der Sitte der Vornehmen jener Zeit, viele Namen zu führen, aber den letzten als Hauptnamen zu betrachten[23]), der Verfasser dieser juristischen Werke vielmehr Olybrius heißen würde. Nicht unwichtig ist auch noch, daß Cölius Sedulius in der Widmungsvorrede an Macedonius zu seinem opus Paschale, einer verloren gegangenen prosaischen Bearbeitung seines frühern, mit einer andern Widmungsvorrede an denselben Macedonius versehenen und noch erhaltenen carmen Paschale, diese zweite Ausgabe mit folgenden Worten rechtfertigt (vgl. Anm. 3): Si qui tamen istud

---

[20]) Auch die epitomae waren nach Titeln geordnet und befolgten nach vorausgeschicktem Personenrecht die Ordnung des prätorischen Edicts mit Hinzufügung der verwandten Materien des spätern Rechts unter besondern Titeln. L. 2. D. de statu hom. (1, 5). Vgl. Heimbach a. a. O. S. 56.

[21]) Zwar halten nicht alle von J. Gothofredus Proleg. ad C. Th. c. I. p. CXX dafür angeführten Argumente Stich, aber doch einige, namentlich, daß nach L. 17. D. de minor. (4, 4) vom praefectus praetorio nicht mehr an den Kaiser appelliert werden kann, was auf einer Verordnung von 331 beruhte, und nach L. 23. D. de manum. vind. (40, 2) die verba solennia bei der manumissio vindicta nicht mehr erforderlich sind. Vgl. über die Literatur Zimmern §. 104. Anm. 10. Auf Mißverständniß beruht aber das aus L. 15. D. de Carb. ed. (37, 10) entnommene neue Argument bei Löhr in Grolmann's Magaz. II. S. 458.

[22]) Vgl. Reines. Inscr. p. 69 seq. Tillemont l. c. Tom. 5, 1. p. 75—78. Reland. fast. cons. zu den genannten Jahren.

[23]) Vgl. Noris. cenot. Pis. IV, 2. p. 127.

obiiciunt, faciunt nec (es ist mit Osann zu lesen nae oder faciuntne mit Fragezeichen) intelligendo, ut nihil intelligant. Nam si seculares litteras assecuti aut divinis videbuntur libris instructi, debent exempla veterum recensere, ne similia lacerare conentur iniuste. Cognoscant Hermogenianum, doctissimum iurislatorem, tres editiones sui operis confecisse. Cognoscant peritissimum divinae legis Origenem tribus nihilominus editionibus prope cuncta, quae disseruit, aptavisse. Man kann unter diesem opus schlechthin nur den allbekannten Codex, nicht die später weit weniger gebrauchten und im Citiergesetz noch gar nicht berücksichtigten epitomae verstehen: zumal da Sedulius, wenn er sich auf einen Juristen mit einem Werke eigener Rechtsauslegung hätte berufen wollen, wohl wie Justinian bei Rechtfertigung seiner zweiten Ausgabe des Codex (Const. Cordi nobis est. §. 3) Ulpian's libri ad Sabinum angeführt haben würde. Auch sind bei einer Supplementsammlung, besonders in dieser Zeit, mehrere Ausgaben, in denen neue und hauptsächlich wohl spätere Constitutionen nachgetragen wurden, weit wahrscheinlicher, als bei den epitomae. Im Uebrigen könnte man diese Anführung des Hermogenian unter den exempla veterum und neben Origenes († 254) als ein Argument für ein höheres Alter des Hermogenian, als wir angenommen haben, betrachten, wenn Sedulius, nach der Ansicht vieler Literarhistoriker, unter Valentinian III. und Theodos II. gelebt hätte und schon vor 450 gestorben wäre. In der That lebte er aber um 50 Jahre später und starb erst um 494 [24]). Alsdann konnte er gar wohl einen schon über hundert Jahr ältern Schriftsteller auch unter den veteres nennen; man wird aber danach immer geneigter sein müssen, das Zeitalter des Hermogenian eher bald nach der Mitte als gegen das Ende des vierten Jahrhunderts anzunehmen, so daß Constitutionen von Valentinian und Valens auch wohl die letzten in seiner Sammlung gewesen und erst in seiner dritten

---

[24]) Bei der Unzuverlässigkeit der übrigen Zeugnisse scheint mir dafür entscheidend, daß, wie Noris. Cenot. Pis. IV, 2. §. 1 gründlich dargethan hat, der Exconsul Curcius Rufius Asterius, von dem sich ein Epigramm an Macedonius — offenbar denselben, dem Sedulius sein Werk gewidmet hatte — erhalten hat, mittelst dessen er dieses nach Sedulius Tode öffentlich herausgab, nicht der Flavius Asterius (richtiger Asturius) ist, welcher im J. 449 mit Protogenes, sondern der, welcher im J. 494 mit Präsidius Consul war.

Ausgabe aufgenommen sein werden. Dazu stimmt denn auch, daß, wenn Ammian. 30, 4. §. 16 zu dem Jahr 374 bei Schilderung des damaligen eben so unwissenden als habsüchtigen und unverschämten Advocatenstandes im Orient sagt: e quibus ita sunt rudes nonnulli, ut nunquam se codices habuisse meminerint, darunter doch am natürlichsten der Greg. und Herm. verstanden werden.

Gehen wir von der Entstehungszeit des Greg. C. und seinem Verhältniß zu dem Herm., wie sie vorstehend nachgewiesen worden sind, aus, so dürfte sich nun auch über die Veranlassung der Sammlung eine nicht unwahrscheinliche Vermuthung aufstellen lassen. Man pflegt als solche jetzt nur das Bedürfniß des Publicums zu betrachten, die Masse der zerstreuten kaiserlichen Rescripte, auf die man sich gern in ähnlichen Fällen vor Gericht berief, in einer bequemen Sammlung beieinander zu haben, weil deren Kenntniß schwer zu erlangen war und, soweit sie nicht gelegentlich von Juristen in ihren Büchern citiert oder wörtlich aufgenommen waren, sich mit der Zeit wohl ganz verlor[25]); denn in der Regel werden sie, abgesehen von den Concepten im kaiserlichen Archiv selbst, nur in den Archiven der vielen verschiedenen Behörden, an welche sie ergangen oder von welchen sie als Proceßrescripte nach geschehener Verlesung durch die Partei eine Zeitlang zur öffentlichen Kenntniß und Abschriftnahme ausgehängt (propositae) waren, aufbewahrt und so gut wie vergraben worden sein. Nach dieser Ansicht hätte dann der Verfasser nur den glücklichen, vielleicht speculativen Gedanken gehabt, diesem Bedürfniß mit seinem Sammelwerke entgegenzukommen, und es wäre dieses ein reines Privatunternehmen gewesen. Alsdann begreift man aber nicht, warum es — da das fragliche Bedürfniß, wie man es sich denkt, doch wohl schon längst bestand — in einer literarisch so regsamen Periode nicht schon viel früher zu einem solchen Werke gekommen, und warum es gerade zu der angegebenen Zeit entstanden sei. Diese Zeit selbst weist uns aber auf eine große Neuerung in der Staatsverfassung hin, die aller Wahrscheinlichkeit nach von einer ganz andern Seite her zu der Veranstaltung eines solchen Sammelwerks führte.

---

[25]) Wie dieses selbst mit den kaiserlichen Gesetzen seit Constantin zu Theodos II. Zeit der Fall war. Const. de Th. C. auctor. §. 1.

Bekanntlich suchte Diocletian die Reichsregierung durchgreifend wirksamer zu machen, nicht blos durch Vergrößerung des Beamtenpersonals und Verkleinerung der Provinzen, die nun mit Wegfall der bisherigen Circuitionen für die Rechtssprechung ihre dauernd an einem Ort wohnenden Statthalter erhielten, sondern dem entsprechend auch durch Vermehrung und Localisierung der Träger der höchsten Gewalt selbst, indem er im J. 292 (nach Andern 291) die Reichsregierung unter vier Kaiser, die beiden Hauptkaiser Diocletian und Maximian selbst und deren Nebenkaiser Constantius und Galerius Maximianus nach Provinzen vertheilte [26]. Natürlich gab es daneben gemeinsame allgemeine Reichsangelegenheiten, welche die einhellige Thätigkeit des gesammten Kaisercollegiums oder, wie es nach altem Staatsrecht hieß, ein Handeln de collegii sententia erforderten, und daß dazu die Gesetzgebung und Fortbildung des bürgerlichen Rechts gehörte, versteht sich nicht blos von selbst — da der Eine Reichsstaat auch nur Ein Recht haben kann —, sondern wird auch durch die bekannte Thatsache bezeugt, daß selbst nach dem dauernden Zerfall des Reichs in die Ost- und Westhälfte nach Theodos I. Tode die kaiserlichen Erlasse immer noch die Namen sämmtlicher Mitkaiser tragen, was freilich seit jener Zeit nur noch nominelle Anerkennung eines Princips war, aber für die frühere Zeit auf eine regelmäßige Mitwirkung aller bei ihrer Abfassung schließen läßt [27]. Auch kann man dagegen nicht die anerkannt von jedem einzeln abgegebenen responsa prudentum anführen; denn diese galten nach Hadrians Verordnung nur, wenn alle objectiv übereinstimmten (Gai. 1, 7); die kaiserlichen Constitutionen hatten

---

[26]) Vgl. Tillemont hist. des emper. 4, 1. p. 34. 90. 513. Haenel corp. leg. p. 182.

[27]) Nach Hugo, Rechtsgesch. S. 967, schließt Gibbon aus L. 158. Th. C. de decur. (12, 1), daß erst unter Theodos II. die Einheit der Gesetzgebung für beide Reichshälften aufgehoben sei. Wie aber Gothofredus zu ihr mit Recht bemerkt, zeigt sie vielmehr nur, daß man unter Honorius und Arcadius sich noch auf Constitutionen des einen Kaisers auch im andern Reichstheil berief, ihre Gültigkeit aber von dem andern Kaiser nicht anerkannt wurde, wenn er die Verordnung schädlich fand. Die Zusendung einer von dem einen Kaiser erlassenen Constitution an den andern zur Publication auch an seine Unterthanen erkennt zwar auch Theodos II. noch als Regel an L. 5 fin. Th. C. de constit. princ. (1, 1) Const. de Th. C. auctor. §§. 5. 6; dieses setzt aber schon die Selbständigkeit der legislativen Gewalt jedes Kaisers voraus.

aber formell als von der höchsten Gewalt ausgehende Satzungen legis vicem, und hätte da jeder von mehreren gleichzeitigen Kaisern für sich dergleichen erlassen können, so wäre damit principiell der mögliche Widerspruch in das Recht des Staats gesetzt worden. Wie nun aber mit den zahllosen Proceßrescripten, welche die Kaiser besonders auf Supplikеn der Parteien zu erlassen hatten und die gleichsam auf der Gränze zwischen Gesetzgebung und Verwaltung lagen? Ihre Menge mußte nach der Vertheilung des Reichs unter die vier Kaiser noch viel mehr wachsen, da man sie nun in größerer Nähe erlangen konnte. Zwar scheinen die Neuern anzunehmen, dazu wären auch nach Diocletians Reichsvertheilung blos die Augusti, nicht auch die Caesares berechtigt gewesen [28]). Diese Ansicht verträgt sich aber nicht mit der Idee einer gleichen localen Reichstheilung und einer materiell so weit gehenden Gleichstellung selbst der beiden Cäsarn mit den Augusti, daß sie auch die tribunicia potestas hatten [29]), in der doch der Schutz der Parteien gegen ungerechte Justizverwaltung ursprünglich ruhte, und Diocletian nur durch eine Art von väterlichem oder Präsidialansehen das ganze Collegium in Einheit hielt. Die bloße Inscription der beiden Augusti vor vielen Constitutionen in den Codices liefert dafür auch nur einen täuschenden Beweis; denn natürlich kürzten die Abschreiber frühzeitig die unnützen vollständigen Inscriptionen ab, so daß mitunter auch nur Diocletian genannt wird. (Fr. Vat. 23. 24. Collat. 1, 10.) Umgekehrt beweist aber der sehr häufig noch erhaltene Zusatz der Cäsaren überhaupt (et Caesares) oder eines derselben oder beider namentlich zu den Augusti (Collat. 6, 4. Fr. Vat. 41. 273. 275. 287. L. 20. C. de pact. (2, 3). L. 5. C. de iur. et facti ignor. (1, 18). L. 5. 6. 7. C. de contr. et comm. stip. 8, 38. L. 4. 5. 6. C. de inutil. stip. 8, 39 u. s. w.) [30]) deren principielle

---

28) So sagt Tillemont l. c. p. 523: car je ne croi pas, que personne dise, que les Césars eussent droit d'en faire. Aehnlich Mommsen, Zeits. d. BO. Diocl. S. 419. Bethmann-Hollweg, Civilpr. III. S. 216.

29) Man vergleiche den Eingang des Diocletianischen Edicts de pretiis rer. ven. und dazu auch Mommsen in dessen Ausg. S. 50.

30) Das AA. et CC. (Augusti et Caesares) bildet in den Inscriptionen der Diocletianischen Constitutionen des Just. C. fast die Regel und es ist nach den übrigen Stellen ein Irrthum, wenn Manche darin Caesares auf Diocletian und Maximian selbst beziehen. Da Diocletians Einrichtungen auch später im Ganzen erhalten blieben, so kann man hieher auch die vielen spätern Consti-

Mitberechtigung und Theilnahme an ihrem Erlaß, und ich habe schon anderwärts (praefat. ad Fr. Vat. in iurispr. antei. p. 594 ed. 1. p. 613 ed. 2) darauf aufmerksam gemacht, daß die namentliche Miterwähnung eines Cäsars nach Gewohnheit mancher damaliger Referenten ein Rescript anzeigt, welches von ihm in seinem Reichstheil (obgleich mit Zustimmung seiner Collegen) erlassen war. Gesteht man dieses zu, so entgeht man auch den wunderlichen Annahmen, zu denen sich die Neuern meist gezwungen sehen, indem sie aus dem Namen der Hauptkaiser in der inscriptio und einer Ortsangabe des Erlasses in der subscriptio schließen zu müssen glauben, Diocletian habe sich oft fast zu derselben Zeit in ganz verschiedenen Reichstheilen aufgehalten.

Es läßt sich nun kaum denken, daß man nach der localen Reichstheilung besonders für die Proceßrescripte an dem alten Princip, daß die Constitutionen nur nach Zustimmung aller Kaiser erlassen werden könnten, thatsächlich lange festgehalten habe. Vielleicht sollten anfangs wenigstens der Neben-Augustus Maximian und die Cäsaren gehalten sein, ihre Rescripte Diocletian zur vorherigen Genehmigung vorzulegen. Aber das Drängen der Parteien, der zu schonende Ehrgeiz der einzelnen Mitkaiser, der Widerspruch einer solchen auch immer noch umständlichen Einrichtung mit dem Zweck der ganzen neuen Reichsregierung, sie straffer und wirksamer zu machen, und das Verführerische des Gedankens, daß Rescripte über das geltende Recht nicht leicht zu Widersprüchen führen könnten, werden selbst das Innehalten einer solchen Einrichtung sehr erschwert haben. Hielt man sie aber nicht inne, so waren die Folgen, da nicht die Höfe aller Kaiser mit gleich tüchtigen Consilien und Kennern des Rechts ausgestattet sein konnten und dann die Gewähr für objective Richtigkeit und selbst für die Gerechtigkeit der Rescripte wegfiel, unschwer vorauszusehen. Nimmt man nun hinzu, daß das Rescribieren aus dem angeführten Grunde jetzt noch viel häufiger wurde, was auch die — selbst wenn man die lange Dauer dieser Regierung berücksichtigt — unverhältnißmäßig große Zahl der Rescripte von Diocletian und Maximian bestätigt [31]), und daß es den Kaisern

---

tutionen ziehen, in deren Inscriptionen neben dem Augustus auch die Cäsaren oder ein einzelner bestimmter Cäsar erscheint.

[31]) Nach Hugo, Rechtsgesch. S. 965 (vgl. Digesten 1828. S. 48), sind von den etwa 4652 Constitutionen des Just. C., worunter 2643 Rescripte,

eine große Last auflegte[32]), so mußte sich einem so umsichtigen Kaiser wie Diocletian wohl der Gedanke aufdrängen, dem doppelten Uebelstande, welchen das neue Regierungssystem mit sich führte, der Gefahr der Rechtsunsicherheit und der Ueberbürdung der kaiserlichen Gewalt, auf irgend einem Wege möglichst zu begegnen, und zwar, da das Rescribieren selbst, diese mächtige Stütze des kaiserlichen Ansehens, sich nicht abschaffen ließ, auf dem mittelbaren durch Herstellung einer großen Sammlung bewährter früher erlassener kaiserlicher Constitutionen über das gemeine Recht, indem sich hoffen ließ, daß das Publicum sich allmählich gewöhnen werde, anstatt die Kaiser anzugehen, sich vielmehr dieser Sammlung zu bedienen, besonders wenn ihr noch ein vorzügliches Ansehen beigelegt wurde, vermuthlich das, daß Constitutionen aus der von der Sammlung umspannten Zeit mit selbständiger Geltung nicht mehr citiert werden dürften (wie dieses nachher auch für den Th. C. vorgeschrieben wurde), die in ihr aufgenommenen aber wenigstens eben so wie die in den Schriften der privilegierten Juristen erwähnten die Geltung beglaubigter Abschriften der Originale hätten. Daneben konnten für die zweckmäßige Einrichtung der Sammlung noch andere die Vergangenheit selbst betreffende Motive maßgebend sein. Macrinus soll beabsichtigt haben, alle Rescripte der alten Kaiser aufzuheben (Capitolin. vita Macr. 13), ut iure, non rescriptis ageretur, nefas esse dicens, leges videri Commodi et Caracalli et hominum imperitorum voluntates, cum Traianus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta praeferrentur, quae ad gratiam con-

---

1220 Rescripte von Diocletian und Maximian, und nach der Uebersicht bei Haenel corp. legum. Indices. p. 16—27, der auch die aus andern Rechtssammlungen berücksichtigt, sind ihrer etwa 1350, darunter oft mehrere, bis sechs, von Einem Tage. Wie wenig bescheiden oft die Parteien waren, zeigt der Eingang von Fr. Vat. 282. Quoniam non contenta rescripto, quod ad primas preces acceperas, iterato supplicare voluisti, ex iure rescriptum reportabis — worauf denn eine ausführliche Rechtsbelehrung (nur das bedeutet wohl das ex iure rescriptum) folgt. Andere wandten sich, nachdem sie ein Respons von einem Juristen eingeholt hatten, doch auch noch an den Kaiser. L. 5. C. ad exhib. (3, 42). Fr. Vat. 288, obgleich ihnen jenes hätte genügen können L. 3. C. de ingen. manum. (7, 14).

32) Wie man diese sich zu erleichtern suchte, zeigt wieder die Zusendung eines auf den Fall passenden frühern Rescripts, wovon die Collat. 6, 4 ein Beispiel gibt.

posita viderentur. So konnten jetzt schlechte Rescripte durch Weglassung aus der Sammlung beseitigt werden. Eben so mit solchen Rescripten, bei denen es zweifelhaft war, ob sie allgemeines Recht enthielten, besonders aus der späteren Zeit, in welche die Werke der großen Juristen nicht reichten, und für welche es daher in dieser Beziehung an einer Controlle fehlte.

Nach dieser Auffassung war denn zunächst die Gregorianische Sammlung zwar kein formell kaiserliches, aber doch ein kaiserlich angeregtes und in gewisser Art auch bestätigtes Unternehmen nach Art der Julianischen Edictsredaction, und so denkt sie sich offenbar auch Theodos II., wenn er sie in der L. 5. Th. C. de constit. princ. (1, 1) mit seinem Theodosianus Codex als dessen von ihm nur nachgeahmte Vorläuferin ganz in eine Linie stellt[33]). Es erklärt sich dann aber auch vollständig, warum der Greg. C. etwa nach dem ersten Quinquennium der neuen Vierherrschaft — während dessen sich die Bedenken derselben nach dieser Seite hin schon vollständig geltend gemacht haben konnten — zu Stande kam, indem die letzte noch bekannte Constitution desselben, wie wir sahen, von 295 war, und umgekehrt der Herm. C. erst mit dem Anfange jener Vierherrschaft (291 oder 292) begann[34]). Wie Gregorian die während der Vierherrschaft herausgekommenen Con-

[33]) Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclytus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas. L. 5. pr. Th. C. de const. princ. (1, 1). Wahrscheinlich ist auch diese — obgleich in das Breviarium (wie mehrere andere darin citierte, Savigny Gesch. des R. R. im M. II. §. 16. S. 50) nicht aufgenommene — Lex in folgender Aeußerung der Interpr. ad L. 3. Th. C. de resp. prud. (1,4) gemeint: Gregorianum vero et Hermogenianum ideo lex ista praeteriit, quia suis auctoritatibus confirmantur ex lege priore sub titulo de constitutionibus principum et edictis. Die suae auctoritates sind, wie J. Gothofredus deutet, die jeder Constitution vorgesetzten kaiserlichen Urheber derselben, deren Authentie in diesen Sammlungen aber wieder die L. 5. cit. als eine anerkannte (ursprünglich auch durch besondere kaiserliche Verordnungen für beide ausgesprochene) damit bezeugt, daß sie diese ältern Codices dem Th. C. gleichstellt. Man kann aber unter den auctoritates auch die Verordnungen verstehen, durch welche die beiden Sammlungen ursprünglich anerkannt waren, welche Anerkennung nur die L. 5 cit. wiederholt bestätigte.

[34]) Hermogenian konnte der Meinung der Fasti Idatiani (Hispani) folgen, welche, wie viele Neuere, sie mit dem 1. März 291 beginnen lassen. Vgl. darüber Tillemont l. c. p. 513 seq.

stitutionen gleichsam nur noch zusatzweise berücksichtigte, da sein Werk eigentlich auf die frühere Zeit ging, so konnte Hermogenian für seine Supplemente aus demselben Grunde auch noch bis zum J. 291 zurückgreifen.

Aber auch die Uebelstände, welchen nach unserer Auffassung diese Sammlungen so viel als möglich begegnen sollten, lassen sich aus den Quellen darthun. Von Rechtsunsicherheit ist in der Zeit vor der Reichstheilung wenig die Rede. Zweifelhaft konnte bei Rescripten nur etwa die Frage sein, ob sie ius generale oder eine bloße Bestimmung für den einzelnen Fall enthielten, und für Beseitigung dieses Zweifels sorgten die großen Juristen in ihren Schriften[35]. Seit dem vierten Jahrhundert wird aber sehr über widersprechende kaiserliche Gesetze, iura fallacia und Rechtsconfusion geklagt[36], wonach die Theilung des Reichs mit der Zeit

[35]) Vgl. Gai. 1, 74 (nach meiner Restitution). Ulpian L. 1. §. 1. 2. D. de constit. princ. (1, 4). L. 1. §. 3. D. de legit. tut. (26, 4). L. 9. §. 2. D. de hered. instit. (28, 5). L. 1. §. 2. D. de fugit. (11, 4). L. 3. §. 5. D. de sep. viol. (47, 12). Paulus L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ign. (22, 6). Marcian L. 89. §. 1. D. ad. leg. Falc. (35, 2). Vgl. Puchta Institut. I, §. 111.

[36]) Ammian. 30, 4 (er schrieb um 390, hier vom J. 374). Secundum est genus eorum, qui iuris professi scientiam, quam repugnantium sibi legum abolevere discidia etc., was deutlich auf kaiserliche Constitutionen im Gegensatz zu dem ius in den Schriften der Rechtsgelehrten geht. Wohl aus derselben Zeit ist die Aeußerung des Verf. des Werkchens de rebus bellicis (Notit. dign. ex ed. Labbaei Paris. 1651. p. 189) in dem Capitel de legum vel iuris confusione purganda: . . . restat unum de tua serenitate remedium ad civilium curarum medicinam, ut confusas legum contrariasque sententias, improbitatis reiecto litigio, iudicio augustae dignationis illumines. Die L. 5. Th. C. de constit. princ. (1, 1) von 429 berührt diese Rechtsunsicherheit an mehreren Stellen: 1) dein, quod in utramque dici partem faciet varietas, lectionum probetur ordine etc. — Der Widerspruch soll, da die neue Sammlung in beiden Reichstheilen gelten sollte, durch das bloße Zeitverhältniß nach dem Satze lex posterior derogat priori beseitigt werden. 2) alter, omni iuris diversitate exclusa, magisterium vitae suscipiet. 3) ut communi studio (der Redactoren) vitae ratione deprehensa iura excludantur fallacia. Den bisherigen Grund dieser fallacia iura lassen die Worte erkennen: In futurum autem si quid promulgari placuerit, ita in coniunctissimi parte alia valebit imperii, ut non fide dubia nec privata assertione nitatur (der Privatfolgerung aus der fides dubia der Inscription aller Kaiser), sed ex qua parte fuerit constitutum, cum sacris transmittatur affatibus, in alterius quoque recipiendum scriniis et cum edictorum solennitate evulgandum etc.

auch schon wirkliche Gesetze zur Folge gehabt zu haben scheint, die im Widerspruch mit ihrem die Namen sämmtlicher Kaiser tragenden Eingange, an den sich das Publikum hielt, thatsächlich nur von einem Kaiser für seinen Reichstheil erlassen waren und deren Gültigkeit daher oft in andern Theilen des Reichs bestritten wurde. Einen interessanten der L. 158 cit. (Anm. 27) ganz analogen Beleg für diesen heillosen Zustand schon im J. 371 (Regierungszeit von Valentinian I. mit seinem unmündigen Sohne Gratian im Westen und Valens im Osten) liefert die L. 1 (jetzt 4) Th. C. de natur. fil. (4, 6) nach Libanius (de vita sua p. 48 ed. Mor.). Dieser Sophist, der selbst einen natürlichen Sohn hatte, preist den „Dämon" dafür, daß jenes der letztwilligen Bedenkung der natürlichen Kinder günstige Gesetz gegeben sei; daß es dem ältern Kaiser (Valentinian) in den Sinn gekommen, *ἕνα τε τῶν κρατούντων τοῖς ἐκείνου γεγονέναι γράμμασιν* d. h. und ein Gesetz der beiden Herrscher durch den Erlaß des erstern (der auch den Namen des Valens enthielt) geworden, sei ein gemeinsames Glück für alle, die dessen bedurften; ein besonderes für ihn aber, daß Valens, der es anfangs nicht anerkannt, nachdem er inne geworden, daß Libanius dessen bedurfte, sich das Ansehn gegeben, daß er es ganz billige und es bestätigt habe [37]).

Weil man aber bei eigentlichen allgemeinen Verordnungen doch ohne Zweifel viel länger und regelmäßiger an der Betheiligung aller Kaiser an deren Abfassung festhielt, so erklärt sich auch der schärfere Unterschied, welcher seit der Constantinischen Zeit zwischen ihnen und Proceßrescripten hervortritt. Die Gregorianische Sammlung enthielt keineswegs, wie man gewöhnlich meint, blos Proceß- und ähnliche Rescripte an Private, sondern kaiserliches ius generale überhaupt, gleich viel, in welcher Form es constituiert war, also z. B. auch wahre Edicte [38]) oder allge-

---

[37]) Ich habe die Stelle ausführlicher wiedergegeben, weil sie von J. Gothofredus ad L. 1. Th. C. cit. mißverstanden ist. Richtiger faßt sie Tillemont l. c. 5, 1. p. 90. Eine ähnliche Confusion scheint hinsichtlich des Verbots der Ehe mit der Schwägerin oder dem Schwager schon seit Constantius geherrscht zu haben. L. 2. 4. Th. C. de incest. nupt. (3, 12).

[38]) Ueber Strafrecht L. 1. C. de his qui in exil. (10, 59) von 212, und über die nach Römischem Recht zulässigen Verwandtschaftsgrade bei der Ehe Collat. 6, 4 = L. 17. Just. C. de nupt. (5, 4) von 295.

meine Erlasse an alle betreffende Behörden (sacrae litterae), die jedoch, wenigstens unter diesem Namen, erst seit Diocletian vorkommen[39]), Schreiben an einzelne Staatsbehörden[40]) und kaiserliche Decrete[41]). Die Proceßrescripte bilden nur deshalb die bei weitem überwiegende Hauptmasse, weil in der frühern Zeit die kaiserliche Fortbildung des Rechts hauptsächlich in dieser Art von Erlassen geschehen war. Seit Constantin wird aber immer bestimmter unterschieden zwischen kaiserlichen Gesetzen in Form von Edicten oder auf sacra generalitas beruhenden Constitutionen (L. 5. Th. C. de const. princ. 1, 1), worunter nun wohl eben allgemein anerkannte, weil von allen Kaisern, wenn auch nur an einzelne Behörden[42]) mit der Absicht, allgemeines Recht auszusprechen, ergangene Verordnungen zu verstehen sind, und bloßen Rescripten, wie dieses schon die beiden Titel des Th. C. de constitutionibus principum et edictis (1, 1) und de diversis rescriptis (1, 2) vor Augen stellen, und je mehr sich die recht-

---

[39]) Weil davon ein einzelnes Exemplar an eine bestimmte Behörde mitgetheilt wird, so erscheinen sie in der Sammlung gewöhnlich als exemplum sacrarum litterarum. L. 2. C. de decur. (10, 31) von 285. L. 8. C. de accus. (9, 2) von 287—289. L. 5. C. de i. fisci (10, 1). L. 10 C. de muner. patr. (10, 41). L. 1. C. ne rustic. (11, 54) von 287—305. L. 5. C. ad leg. Corn. de sic. (9, 16) von 290. L. 3. C. de ped. iud. (3, 3) von 294—305. Die Collat. 6, 4 stellt sie offenbar den Edicten gleich.

[40]) L. 1. C. de pet. hered. (3, 31) von 170. L. 1. C. de usur. rei iud. (7, 54) von 211—217. L. 4. C. ad leg. Jul. de adult. (9, 9) von 213—223. L. 1. C. de gener. abol. (9, 43) von 215. Haenel adn. ad Gr. C. 5, 1 von 239. L. 1. C. de offic. eius qui vic. (1, 50) von 240. L. 3. C. quib. non obiic. (7, 35) von 290. L. 3. C. de div. rescr. (1, 23). L. 1. C. de bon. vac. (10, 10). L. 11. de accus. (9, 2) von 292. L. 5. C. ubi causa status (3, 22). L. 6. C. de praescr. l. temp. (7, 33) von 293—304. L. 20. C. de procur. (2, 13) von 295—305. L. 1. Gr. C. de malef. (14, 4) von 287. L. 8. C. de quaest. (9, 41).

[41]) L. 1. C. de appellat. (7, 62) von 209. L. 1. C. de sent. pass. (9, 51) von 211—217. L. 3. C. de quaest. (9, 41) von 216. L. 1. C. ne fiscus rem (10, 5) von 228. L. 12. C. de poenis (9, 47). L. 2. C. de excus. mun. (10, 47) von 287—305. L. 17. C. qui accus. n. poss. (9, 1) von 299.

[42]) Darauf gehen die Anfangsworte der L. 6. Th. C. de const. princ. (1, 1) omnes edictales generalesque constitutiones, vel (d. h. selbst, wenn auch) in certis provinciis seu locis valere aut proponi iussae — von welcher Art ja auch der Th. C. sehr viele Constitutionen enthält. Vgl. L. 3. C. de legib. (1, 14).

zeugende Macht von nun an in jenen concentriert, desto mehr wird sie diesen entzogen. Den Hauptstoß versetzte den letzteren schon Constantin's Edict vom J. 315 (L. 2. Th. C. de div. rescr. 1, 2): Contra ius rescripta non valeant, quocunque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt, magis sequi iudices debent[43]); denn danach konnte jedem Rescript entgegengehalten werden, daß es dem gemeinen Rechte widerstreite, und definitiv sicherte ihm nur noch die Beschaffenheit seines Inhalts die Geltung als ius generale[44]). Zugleich lag in dem quocunque modo fuerint impetrata wohl nicht blos, daß nichts darauf ankommen sollte, ob die Partei selbst oder Namens derselben der Richter eingekommen sei, sondern noch mehr, ob man sich an alle Kaiser oder an Einen gewandt habe, d. h., da das erstere aus der Inscription aller Kaiser gefolgert zu werden pflegte, daß diese Inscription gleichgültig sein sollte. Späterhin wurden aber, zuerst 398, auch selbst auf Consultation der Richter an diese ergangenen Rescripten die Gültigkeit außer für den vorliegenden Fall ausdrücklich abgesprochen[45]) und das traf ohne Zweifel um so viel mehr auch Rescripte an die Parteien selbst, weil die seit Constantin immer mächtiger werdende Regierungsmaschinerie bald dahin führte, daß die Suppliken der Parteien und die kaiserlichen Rescripte darauf immer häufiger durch die Hände der nächst vorgesetzten Behörden gingen.

So bestätigt nun auch Constantins Gesetz über die Rescripte die richtige Voraussicht, auf der die Abfassung des Greg. C. beruhte; ja es ist selbst nur als eine dem Kaiser nach Bekämpfung

---

[43]) Nachher öfter wiederholt L. 3. 7. C. de precib. imper. off. (1, 19). L. 6. C. si contra ius (1, 22).

[44]) Im folgenden Jahre wandte der Kaiser dieses Princip durch L. 3. Th. C. eod. insbesondere auch auf das Verhältniß der Specialrescripte zu Edicten an. Bisher vor einem Edict erlassene Rescripte sollten gültig bleiben und ihnen auch nicht durch spätere Rescripte derogiert werden (weil sie beide für Fälle ihrer Zeit das damalige gemeine Recht aussprechen), die aber nach dem Erscheinen eines Edicts impetrierten Rescripte nur gültig sein, wenn sie mit dem neuen Rechte des Edicts übereinstimmten. (Vgl. L. 13. Th. C. de medic. 13, 3). Eine billige Interpretation des letzteren behält sich der Kaiser vor. Wenck hat die Stelle mißverstanden.

[45]) Von Arcadius Honorius und Theodos II. L. 11. Th. C. de div. rescr. (1, 2). Dann mit einigen vorsichtigen Ausnahmen von Theodos II. und Valentinian III. L. 2. 3. C. de legib. (1, 14) von 425. 426.

seiner vielen Mit- und Gegenkaiser aufgedrungene weitere Förderung des Hauptzwecks zu betrachten, den Diocletion bei jener Codification im Auge hatte. Denn die wichtigste Controle für die Frage, ob ein Rescript contra ius sei, gewährte nun eben der Greg. C., da die Schriften der Rechtsgelehrten zu weitschichtig und im Einzelnen vielleicht selbst widersprechend waren, und so lag in Constantins Verordnung schon eine Art Nöthigung, sich bei Processen jenes codificierten Rechts wenigstens als Hülfsbuchs wider neue ungerechte Rescripte zu bedienen. Aber freilich, völlig gewehrt wurde der aus der Reichstheilung besorgten Gefahr für die Rechtssicherheit durch jene Verordnung keineswegs; denn überhaupt behielt doch jedes Rescript sein formelles Ansehen als allgemein geltendes Recht, und hatte man sich seiner auch im einzelnen Falle einmal durch Berufung auf die allgemeinen geschriebenen Rechtsquellen glücklich erwehrt, so behauptete es sich doch vielleicht wieder in drei anderen Fällen vor schlechter instruierten Richtern in seinem Ansehen. Aus dem Zwecke, dieses wirklich eingetretene und mit der Zeit unerträglich gewordene Uebel möglichst zu heilen, ist nun, wie ich glaube, die Abfassung des Herm. C. zu erklären.

Constantin hatte, wie gedacht, schon formell den besagten Unterschied zwischen kaiserlichen Gesetzen und bloßen Rescripten aufgestellt. Danach konnte hinsichtlich der ersteren, die meistens auch schon ihre Form als Edicte oder an alle oder die vornehmsten Behörden ergangene Erlasse kenntlich machte, an ihrer allgemeinen Gültigkeit kein Zweifel sein, so lange man noch an dem gemeinsamen Erlasse derselben festhielt; und spätere Ausnahmen davon mußten als Gebrechen des ganzen sinkenden Reichsstaats eben getragen werden. Auch waren ihrer verhältnißmäßig nicht so viele und für ihre Publication und fortdauernde Publicität besser gesorgt. So beschränkte sich das Interesse, eine Supplementsammlung von ius generale zu veranstalten, lediglich auf die Rescripte; bei diesen trat es aber nunmehr mit der dringenden Anforderung auf, mittels eines solchen Codex der durch zahlreiche widersprechende und hinsichtlich ihrer Allgemeingültigkeit bestrittene Rescripte besonders herbeigeführten Rechtsunsicherheit ein Ende zu machen. Es ist daher sicher nicht zufällig, daß, während der Greg. C., wie wir sahen, Constitutionen aller Art enthielt, aus dem Herm. C. nur Rescripte citiert wer-

den, übrigens nicht blos Proceßrescripte an eine Partei, von welcher Art alle Diocletianischen und vier andere sind, sondern auch an Behörden adressierte, wie sich deren drei unter den sieben von Valens und Valentinian befinden (Consult. 9, 1. 4. 7). Daß man in die Sammlung nur Rescripte aufnahm, deren allgemeine Geltung unbestritten war oder doch nach der die Sammlung bestätigenden kaiserlichen Verordnung nicht bestritten werden durfte, läßt sich freilich nicht beweisen, versteht sich aber von selbst. Auch wurde ohne Zweifel wieder verordnet, daß aus der Zeit, welche die Sammlung umfaßte, kein nicht in sie aufgenommenes Rescript mehr angeführt werden dürfe. Dennoch wird der Erfolg für die Rechtssicherheit kein so großer gewesen sein, als man sich vorstellen möchte, und kann deshalb Ammian um 374 (Anm. 36) immerhin noch über legum discidia geklagt haben, obgleich damals der Herm. C. schon erschienen war. Denn ungeachtet desselben dauerte ja theils das Rescribieren selbst fort und erzeugte das Uebel immer wieder von Neuem, theils erstreckte sich die Sammlung ja nicht auch auf die blos partiell publicierten Edicte und allgemeinen Verordnungen, deren es nun schon viele gab und immer mehre wurden. Gegen das erstere wird man Anfangs das Palliativmittel der mehreren Ausgaben des Herm. C. bis zur dritten angewandt haben, die hiermit erst ihre volle Erklärung finden; denn man hat sich darunter nun Ergänzungen desselben durch die inzwischen erschienenen Rescripte zu denken, die mit den ältern des Codex hinfort allein noch als ius generale angeführt werden dürften. Gründlich half aber erst die erwähnte Verordnung von 398, welche die Geltung der Rescripte auf den einzelnen Fall beschränkte. Wie sie in die bisherige Geschichte des Herm. C. eingreift, zeigt der Umstand, daß sie zugleich die bereits erlassenen, d. h. seit der letzten Ausgabe des Herm. C. erlassenen Rescripte betraf[46]), um mit dieser Quelle widersprechender Constitutionen völlig aufzuräumen. Und in der That war damit die aus der Reichsverfassung stammende durch die Rescripte bewirkte Rechtsunsicherheit völlig abgethan. Den einzigen Zweifel, der nun noch blieb, ob nehmlich ein Rescript nicht vielleicht nur zufällig durch eine Consultation wegen

---

46) Die L. 11. Th. C. de rescr. (1, 2) lautet nehmlich: Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur etc.

eines einzelnen Falles veranlaßt und doch als ius generale gemeint sei, beseitigte noch durch genaue Angabe der Kriterien einer allgemeinen Verordnung Valentinians III. Gesetz ad senatum, datiert VIII. Id. Novemb. Ravennae Theodosio A. XII. et Valentiniano A. II. conss. (vom 6. Nov. 426)[47]), d. h. einen Tag vor dem an dieselbe Behörde gerichteten s. g. Citiergesetze (L. 3. Th. C. de resp. prud. 1, 4), Dat. VII. Id. Novemb. Ravennae DD. NN. Theodosio XII. et Valentiniano II. AA. coss.), durch welches die vielen Zweifel und Rechtsunsicherheiten, welchen das Citieren der Schriften der Rechtsgelehrten unterworfen war, gehoben wurden, so daß man sieht, Valentinians Absicht war damals, den noch immer nicht beschwichtigten Klagen über unsicheres Recht, soweit sie das alte Volksrecht betrafen, nach allen Seiten und definitiv abzuhelfen. Was nun aber das neue Recht der kaiserlichen Gesetze betrifft, so schaffte erst die Abfassung des Th. C. Hülfe, indem in diese in beiden Theilen des Reichs publicierte Sammlung alle kaiserliche Verordnungen aufgenommen wurden, welche noch gelten sollten. Auch konnte nun durch Edicte keine neue Rechtsunsicherheit mehr entstehen, da die beiden Reichshälften streng geschieden waren und das Princip festgestellt wurde, daß Verordnungen des einen Kaisers, nur wenn sie auch vom andern in seinem Gebiet publiciert würden, daselbst gelten sollten.[48])

So lag also der eigentliche Hauptgrund der mit dem Greg. C. beginnenden, mit dem Th. C. vorläufig schließenden Rechtscodification im Römischen Reich in der Rechtsunsicherheit, welche die von Diocletian eingeführte Reichsverfassung in ihrer Ein-

---

[47]) Das Datum selbst ist auch nach einer andern Seite hin nicht zufällig. Von demselben Tage des Jahres vorher (6. Nov. 425) ist die auch an den Senat gerichtete L. 2. C. eod., welche bestimmte, daß kaiserliche im Consistorium gefällte Urtheile und einer Corporation, Provinz, Stadt u. s. w. bewilligte Privilegien auch kein jus generale sein sollten. J. Gothofredus und nach ihm Puchta Institut. §. 134 Anm. f meinen, selbst die L. 2 und 3 cit. seien sammt dem Citiergesetz und noch einigen andern Verordnungen (von denen dieses allerdings zum Theil mit größerer Sicherheit behauptet werden kann) Ein und dasselbe Gesetz, indem die Abweichungen im Datum nur auf Fehlern der Abschreiber beruhten. Hiernach würde denn die erwähnte Absicht des Kaisers noch unzweifelhafter hervortreten.

[48]) Const. de Th. C. auct. §§. 3. 5. L. 5. fin. Th. C. de const. princ. (1, 1).

wirkung auf die etwa seit derselben Zeit fast nur noch den Kaisern zufallende Rechtsfortbildung zur Folge hatte.

Daß der Greg. und Herm. C. ebensowohl wie der Th. C. für das ganze Reich bestimmt waren, folgt aus der angegebenen Veranlassung derselben von selbst. Dennoch kann man fragen, ob sie ursprünglich im Orient oder im Occident entstanden seien. Vor einer genauern Untersuchung ihrer Veranlassung hatte ich früher die Vermuthung geäußert, daß Gregorian im Westen, Hermogenian im Osten seine Sammlung verfaßt habe [49]). Jetzt halte ich es für richtiger, daß sie beide ursprünglich dem Orient angehören. Schon die allgemeine Vorliebe des Orients für den Monarchismus und die kaiserliche Rechtsbildung macht es wahrscheinlich, daß die beiden ältern Codices eben so wohl wie der Theodosische im Orient unternommen wurden. Außerdem versteht sich dieses vom Greg. C. von selbst, wenn er auf Anregung Diocletians verfaßt wurde. Einigermaßen bestätigt wird es außerdem für beide dadurch, daß bei weitem die meisten Rescripte in beiden Sammlungen aus der hier allein in Betracht kommenden Zeit der Reichstheilung, d. h. namentlich die von Diocletian und Maximian selbst, so weit sich dieses aus den mangelhaften In- und Subscriptionen beurtheilen läßt, auf den Orient weisen [50]), was doch nicht daraus allein erklärt werden kann, daß

---

[49]) Zeitschr. f. gesch. RW. XIII. S. 9.

[50]) Obgleich man darin nicht übertreiben darf. Mommsen ad Fr. Vat. p. 397 stellt wie eine ausgemachte und also scheinbar auf gründlicher Untersuchung beruhende Wahrheit (so daß ich iurispr. antei. ed. 1 p. 595 darauf glaubte fußen zu können) die Behauptung auf, die wenigstens öfter auch mit Ortsangabe versehenen Diocletianischen Rescripte im Just. C. seien exceptis duobus tribusve corruptelae praeterea suspicioni obnoxiis sämmtlich orientalische. In Wirklichkeit verhält sich aber die Sache anders. Ohne ersichtlichen Verdacht sind datiert (beziehungsweise proponiert) aus Rom L. 6. C. ad leg. Cornel. de sic. (9, 16) von 294; aus Mailand L. 6. C. de donat. (8, 54) und L. 4. C. de inoff. donat. (3, 29) = Fr. Vat. 282 von 286. L. 9. C. de pign. act. (4, 24) von 293. L. 8. C. ne de statu def. (7, 21) von 293; aus Verona L. 3. C. ad l. Jul. de vi publ. (9, 12) von 287. L. un. C. divort. facto (5, 24) von 294. L. 2. C. comm. de succ. (6, 59) von 299; aus Ravenna L. 1. C. de iure aur. ann. (6, 8), wahrscheinlich zu verbinden mit L. 3. C. de serv. reip. (7, 9) von 293; aus Brundusium L. 23. C. de donat. int. vir. (5, 16) von 294; aus Agrippina L. 21. C. de i. dot. (5, 12) von 294; aus Trimontium L. 14. C. de. collat. (6, 20) von 295; gerichtet an einen corrector Italiae L. 3. C. quib. non obiic.

man sich überhaupt im Orient mehr als im Occident an die Kaiser wandte. Daß den sieben späteren Valentinianischen Constitutionen des Herm. C. sechs dem Occident angehören[51]) und nur eine (Consult 9, 6) aus Sirmium ist, mag einen besondern Grund haben: vielleicht, daß die dritte Ausgabe im Occident besorgt wurde. Sonst führt uns auch bei diesem Codex dessen Zusammenstellung mit den Werken des Orientalen Origenes bei Sedulius auf orientalischen Ursprung, wenn auch auf die ganz unsichere Notiz in einigen Handschriften des Sedulius, daß er selbst seine Schriften in Achaia verfaßt habe, kein Gewicht zu legen ist.

Mommsen hat die Ansicht aufgestellt, daß der Herm. C., dessen man sich im Orient bedient, weniger vollständig gewesen sei, als der des Occidents, indem jener blos vorconstantinische Rescripte, dieser, Zeuge der Consultatio, auch spätere enthalten habe, und diese Verschiedenheit mit den mehreren Ausgaben desselben in Verbindung gebracht. Seine Begründung ist aber, so weit ich sie verstehe[52]), mehr geistreich als überzeugend. Zuvör-

(7, 35) von 290; an einen proconsul (praeses) Numidiae L. 28. C. ad l. Jul. de adult. (9, 9) von 295. Also doch etwa 15 occidentalische Rescripte aus Diocletians Regierungszeit: wogegen freilich ungleich mehr aus Städten des Orients datiert und einige auch an dortige Behörden gerichtet sind. Da die Fr. Vat. außer dem tit. de donat., für den ganz eigene Umstände eintreten (meine iurispr. antei. p. 613 seq.) und die Consult. (5, 7) jede nur ein occidentalisches Rescript dieser Kaiser haben, so ist da das Verhältniß ziemlich dasselbe. Merkwürdiger Weise besteht für die weit wenigern Rescripte des Just. C. mit Ortsangabe aus der Zeit vor Diocletian das umgekehrte Verhältniß. Es sind nehmlich 30 von Rom datiert aus den J. 162, 205, 212, 215, 216, 218, 256, eins PP. Eboraci von 210, und bei gar manchen andern ergibt die Adresse oder der Inhalt ihren Bezug auf den Westen, z. B. L. 3. C. de procur. (2, 13), L. 1. C. si adv. libert. (2, 31), L. 1. C. si adv. cred. (2, 38), L. 4. C. de inoff. test. (3, 28), L. 9. C. si cert. pet. (4, 2), L. 5. C. si serv. export. (4, 55), L. 1. C. si mancip. ita ven. (4, 56). Ortsnamen aus dem Orient haben nur 3 Rescripte von Sirmium aus den J. 202, 238, 277, eins aus Antiochia von 239 (über ein anderes ebendaher vom J. 239, welches sich selbständig erhalten hat, vgl. Haenel Gr. C. p. 30 not. sup.) und eins aus Byzantium von 270.

[51]) Es sind nehmlich Consult. 9, 1. 5. 6 von Mailand datiert; 2. in der Basilica der Thermae Commod., 4. in Flavia Fanestre allegiert, 3. an Mamertinus, den Präfectus prät. von Italien und Illyrien gerichtet.

[52]) Seine Ausführung ad Fr. Vat. p. 398 seq. ist nehmlich, wie sie lautet, in der That mehrfach unverständlich; wahrscheinlich sind in der Eile des

derst muß danach behauptet werden, daß Hermogenian schon um den Anfang der Regierung Constantins gelebt und seine erste Ausgabe besorgt habe, mithin auch, daß die dritte Ausgabe mit den Valentinianischen Rescripten nicht mehr von Hermogenian selbst besorgt worden sei, was aber, wie schon bemerkt (Anm. 16) dem Zeugniß des Sedulius widerstreitet. Sodann würde eben dieser sehr unpassend zur Rechtfertigung der Umarbeitung seines Werks sich auf Hermogenians Vorbild berufen haben, wenn dessen mehrfache Ausgaben dahin geführt hätten, die Gleichheit des Rechts im Occident und Orient, die er überhaupt herstellen sollte, vielmehr zu stören. Freilich, meint Mommsen, hieran sei Hermogenian selbst nicht Schuld gewesen, sondern eine erst nach 438 im Orient aufgekommene Ansicht habe das bis dahin im ganzen Reiche gleichmäßig anerkannte Ansehen des vollständigen Herm. C. für den Orient auf die ursprüngliche Ausgabe mit den vorconstantinischen Rescripten beschränkt. Von den dortigen Juristen seien nehmlich die Worte der const. de auctor. Th. C. §. 3. Detersa nube voluminum, in quibus multorum nihil explicantium aetates attritae sunt, compendiosam scientiam ex divi Constantini temporibus roboramus, nulli post k. Jan. concessa licentia ad forum et quotidianas advocationes ius principale deferre vel litis instrumenta componere nisi ex his videlicet libris so verstanden worden, als solle nun keine seit Constantin herausgekommene Constitution — ohne Unterschied zwischen leges und Rescripten — mehr gelten, die nicht in den Th. C. aufgenommen sei. Aber abgesehen davon, daß hiermit der Zusammenhang mit Hermogenians drei Ausgaben, der bei der neuen Ansicht allein etwas Bestechendes hat, wieder aufgegeben wird, (denn danach gebrauchte man 438 allenthalben nur noch den vollständigen Herm. C. und in diesem sah man später im Orient die Constantinischen und spätere Rescripte als abgeschafft an), so ist es eben so schwer zu glauben, daß eine solche Auslegung jener Constitution überhaupt je aufgekommen sei[53]), als es an allem Erklärungsgrunde dafür fehlt, warum

Schreibens mehrmals die Ausdrücke Occident und Orient verwechselt, auf welche Begriffe doch hier Alles ankommt.

[53]) Naturgemäß konnte die Verordnung doch nur Constitutionen des eigentlichen ius principale meinen, für welches der Th. C. bestimmt war, d. h. neue allgemeine Constitutionen, zumal da schon 435 für die Anfertigung des

gerade nur die Juristen des Ostens darauf verfallen seien. Endlich aber fehlt es Mommsens Ansicht selbst an aller soliden Grundlage, wenn ihm dazu nur dient, daß im Just. C. keine Rescripte seit Constantin aus dem Herm. C. aufgenommen seien — was er voraussetzt, aber nicht beweist — und dagegen die dem Westen angehörige Consultatio dergleichen in ihrem cap. 9 enthält. Von dem Alarichschen Breviar, gewiß einem vollgültigeren Repräsentanten der Rechtsansicht des Westens, als die Consultatio, wissen wir wenigstens gewiß, daß es solche Rescripte nicht enthält; würde nun daraus — die Berechtigung eines solchen Schlusses überhaupt einmal angenommen — nicht selbst mit besserem Rechte gefolgert werden können, daß man umgekehrt im W e s t e n den vollständigen Herm. C. nicht anerkannt habe[54]), als im Osten, wo die Nichtaufnahme jener Constitutionen in den J. C. nur Voraussetzung ist?

Doch ist auch diese Voraussetzung nicht einmal eine wahrscheinliche. Aeltere Juristen, z. B. Schulting (ad Herm. C. init.), Heineccius (Ant. iur. prooem. §. 19), haben sie allerdings ausgesprochen, aber ohne andern Beweis, als weil mit Constantin der Th. C. anfange — der sich ja aber auf eine andere Art von Constitutionen bezog. Neuere, wie Hugo (Rechtsgeschichte S, 1018) und Zimmern (Rechtsgesch. I. §. 46 S. 161 Anm. 27) sind daher von dieser Ansicht abgegangen und der erstere führt selbst L. 20 und 23. C. de administr. tut. (5, 37) als Constitutionen der vom Th. C. umfaßten Zeit an, die, besonders die erstere, aller Wahrscheinlichkeit nach aus dem Herm. C. genommen seien. Zwar sind nun diese Beispiele falsch gewählt, da nach den neuern Hülfsmitteln L. 1 und 6. Th. C. eod. (3, 19) sich als Quelle jener Constitutionen ergeben haben.

Th. C. vorgeschrieben war (L. 6. fin. Th. C. de constitut. princ. 1, 1): codicis in omnibus negotiis iudiciisque valituri, nullumque extra se n o v e l l a e c o n s t i t u t i o n i s locum relicturi, nisi quae post editionem huius fuerit promulgata, und bei dem ersten Auftrage zur Abfassung des Th. C. der Herm. C. ganz eben so wie der Greg. C. unbeschränkt als nur nachzuahmende und folglich als auch fortan gültige Sammlung erwähnt war.

[54]) Mommsen hält, wie es scheint, den Verfasser der Consultatio, deren Burgundischen Ursprung ich glaube nachgewiesen zu haben, für einen Gallier. Wer wird nun aber, wenn er im Burgundischen Reiche lebte, aus seinem c. 9, 1—7 folgern, daß man nur dort gerade auch die dritte Ausgabe des Herm. C. anerkannt habe?

Es gibt aber gar manche andere, deren Ursprung aus dem Th. C. sich wenigstens nicht nachweisen läßt und die ganz das Ansehen von Proceßrescripten haben, z. B. Constantins L. 10. C. de acquir. et ret. poss. (7, 32) ad Maternum vom J. 314. L. 2. C. quae sit longa consuet. (8, 53) vom J. 319. L. 7. C. de repud. (5, 17) ad Dalmatium von 337, welche alle an Privatpersonen gerichtet zu sein scheinen und nur Weisungen nach dem geltenden Rechte enthalten. Daß aber auch an Beamte adressierte — und deren gibt es weit mehr — hieher gehören können, ist schon früher bemerkt worden. Einen strengen Beweis, daß diese Constitutionen aus dem Herm. C. entnommen seien, haben wir hiermit nicht führen wollen — es ist schon gesagt worden, warum ein solcher nicht möglich ist — nur auf Wahrscheinlichkeit kam es uns an. Im Uebrigen glaube ich selbst nicht, daß viele Rescripte von Constantin und seinen Nachfolgern aus dem Herm. C. in den Just. C. aufgenommen sind. Der Grund, sich hinsichtlich der Rescripte im Ganzen auf die frühere Zeit zu beschränken, war aber für Justinians wie für Alarichs Juristen gleichmäßig kein äußerer, sondern der so natürliche innere, daß man das Rescriptenrecht im Ganzen zum ius vetus, im Gegensatz zu dem mit Constantin beginnenden und im Th. C. aufgenommenen ius novum, rechnete[55]) und daher als die eigentlichen und zuverlässigsten Zeugen des ersteren die ältern Kaiser ansah. Gleichwie man also bei der Codification der andern Hauptquelle des ius vetus, den Schriften der Rechtsgelehrten, sich fast nur

[55]) Bekanntlich steht der Greg. und Herm. C. im Westgothischen Breviar zwischen Paulus und Papinian und auch die Interpr. ad L. un. (jetzt 3) Th. C. de resp. prud. (oben Anm. 3) rechnet beide zu den Schriften der Rechtsgelehrten. Gewöhnlich (Savigny Gesch. des R. R. im M. II. §. 16 S. 46. Zimmern a. a. O. S. 164) erklärt man dieses blos aus dem äußern Grunde, daß sie Arbeiten von Juristen gewesen seien, und führt es wohl gar auch als einen Beweis dafür an, daß sie 'bloße Privatarbeiten' gewesen oder 'ohne öffentlichen Auftrag' gesammelt worden seien. Aber der Occident namentlich hatte noch viel lebendiger das Bewußtsein, daß das alte senatorische Kaiserthum mit seinen Rescripten und Entscheidungen eine mit den Schriften der alten Rechtsgelehrten zusammengehörige und von gleichem Geiste getragene Rechtsquelle sei, die mit jenen zusammen sich ähnlich zu dem späteren kaiserlichen Rechte verhalte, wie früher das alte ius civile zu dem Rechte des prätorischen Edicts. Daß aber auch der Orient von derselben Anschauung ausging, zeigt folgende Stelle aus einem Basilikenscholium des Theodorus (ad Basil. 11, 2.

an die großen Juristen der vorconstantinischen Zeit hielt und aus spätern nur eine kleine Nachlese zuließ, so zog man auch im Constitutionenrecht für das ius vetus Rescripte der vorconstantinischen Kaiser vor, nach denen auch die nur weitschweifigeren der späteren Kaiser wohl nur selten noch eine neue Ausbeute lieferten, und wie dieses schon darauf führte, vorzugsweise den Greg. C., so auch darauf aus dem Herm. C. wiederum nur oder doch fast nur die vorconstantinischen Rescripte zu benutzen.

Für die äußere Geschichte der beiden Sammlungen bleibt nun blos noch etwas über ihre späteren Schicksale zu bemerken. Als Hauptwerke für die Praxis fanden sie sehr wahrscheinlich auch bald Eingang auf den Rechtsschulen und zwar da zur Vervollständigung des praktischen Cursus, welcher im vierten Jahr der 'Lösung' aufgegebener Rechtsfälle aus den selbst studierten Responsa des Paulus gewidmet und so omnis antiquae prudentiae finis war (const. Omnem reip. §. 1). Justinian sagt zwar in derselben const. Omnem reip. §. 5 nicht ausdrücklich, daß vor seiner neuen Studienordnung im fünften Jahr die drei Codices studiert worden seien; aber indem er dieses Studienjahr und den Namen prolytae für die Studiosen desselben als etwas schon Bestehendes anführt und ihnen jetzt das Studium der letzten 14 Bücher der Pandekten und seines Codex vorschreibt, so ist mit großer Wahrscheinlichkeit zu schließen, daß diese Theile seiner Rechtsredaction nur an die Stelle der beiden ältern dem Juristenrecht verwandten Codices und des Th. C. traten, und es wird dieses dadurch bestätigt, daß, wie aus den Scholien zu den Basiliken hervorgeht, vorjustinianische Rechtslehrer in Form von Vorlesungen (*'αναγνώσματα*) Constitutionen der drei ältern Codices, welche später in den Just. C. aufgenommen wurden, commentiert haben [56]). Es geschah dieses ohne Zweifel in Commentarien über die drei Codices selbst und vermuthlich zu dem

---

c. 35. T. I. p. 704. Heimb.): *μάθε, κατὰ τοὺς παλαιοὺς νομικοὺς καὶ τὰς ἐν τῷ Ἑρμογενιανῷ καὶ Γρηγοριανῷ διατάξεις καλῶς λέγεις. ἀλλὰ σήμερον ἀπὸ διατάξεως Κωνσταντίνου ἀνενηνεγμένης ἐν τῷ θ'. βιβλίῳ τούτου τοῦ κώδικος* (ehemals des Th. C.) *τιτλῷ θ'. διατάξει λ'. κεφαλικὴ (ἡ μοιχεία) ἐστι.*

[56]) Ich habe die betreffenden Stellen namentlich auch des Gr. und Herm. C. zusammengestellt in meiner iurispr. antei. p. 729. ed. 1. p. 750. ed. 2. *Ἀναγνώσματα* werden erwähnt in fr. 7. 8. 9.

nächsten Zwecke, damit die prolytae in Stand gesetzt würden, für aufgegebene, von ihnen zu „lösende" Rechtsfälle, die Stellen der Codices richtig verstehen und anziehen zu können [57]). Im Westen, wo der Unterricht sich nicht über die Bücher des ius vetus hinaus erstreckt zu haben und immer dürftiger geworden zu sein scheint, so daß im Westgothischen Breviar Gaius Institutionen zugleich die Stelle der libri singulares und der Prota, Paulus sententiae zugleich die der partes edicti und Papinians vertraten, mag die Folge des Greg. und Herm. C. auf Paulus in demselben Breviar noch eine Spur davon sein, daß man dort später auch angefangen hatte, beim Rechtsstudium im dritten Jahr diese beiden Codices materiell an die Stelle der Responsa des Papinian und des Paulus zu setzen, dessen Name ihnen nun schon in den sententiae voraufging, so daß die angehängte Stelle aus Papinians Responsa nur noch (wie Justinians Antipapian) bildlich das dritte Studienjahr der Papiniauisten bezeichnen sollte. Die selbständige Benutzung der beiden Codices hatte aber natürlich im Osten und im Westen, nachdem die neuen Rechtsbücher Alarichs und Justinians herausgekommen waren, ein Ende, wenn sie auch namentlich im Westen von Einzelnen noch längere Zeit studiert worden sein mögen.

Was die innere Einrichtung und Beschaffenheit des Gr. und Herm. C. betrifft, so haben erst Hänels treffliche und auf sicherer handschriftlicher Grundlage beruhende Untersuchungen über die Folge der Materien im Greg. C. die Gewinnung überzeugender Resultate möglich gemacht [58]). Es ist nicht unsere Absicht,

---

[57]) Der Unterschied gegen die Betreibungsart des vorhergehenden Jahres war vermuthlich der, daß den lytae in den Responsen des Paulus selbst enthaltene, den prolytae aber wirklich vorgekommene oder doch jedenfalls freie Rechtsfälle zur Entscheidung im ersten Semester aus dem Greg. und Herm. (seit Justinian aus den letzten 14 Büchern der Pandekten), im zweiten aus dem Th. (später Just.) C. aufgegeben wurden. Der Name prolyta ist wie proconsul gebildet. Unrichtig ist es, wenn Manche (z. B. Puchta Instit. §. 139 S. 697 der 3. Aufl.) den Namen λύται daher erklären, daß die Studenten des vierten Jahres von dem Unterricht der Lehrer frei geworden seien. Sprachlich haben solche Bildungen in -της oder -τηρ active Bedeutung; z. B. ein θύτης oder θύτηρ ist nicht ein Geopferter, sondern ein Opferer.

[58]) Besonders sind in seiner Ausgabe des Greg. C. zu vergleichen praef. p. VII. und in den Anmerkungen ad lib. I. tit. de pactis p. 7. not. 9. und ad lib. III. tit. si certum petatur p. 23. not. n.

diese Untersuchungen speciell wiederaufzunehmen und zu prüfen, was ohnehin nur zu unbedeutenden Berichtigungen im Einzelnen führen könnte. Es kommt uns nur auf die Hauptsachen an.

Bekanntlich bildet im Just. C. die Ordnung des prätorischen Edicts die Grundlage seines Systems, welche durch Rücksichten auf das spätere Recht fast nur in Form von Zusätzen oder Weglassungen modificiert erscheint. Da nun das Material seiner Titel, so weit sie den Stamm des alten Rechts betreffen, vor Allem aus dem Greg. und Herm. C. geschöpft ist und in diesen Titeln fast durchgängig vorconstantinische Constitutionen den Anfang machen, so läßt sich schon hieraus vermuthen, daß er auch hinsichtlich der Materienfolge den Greg. C. zur Richtschnur genommen und also dieser selbst auch die Ordnung des Edicts befolgt habe. Dieses bestätigen denn auch die, wenn auch nur dürftigen, Reste des Rechtsbuchs, vor Allem in der Westgothischen Sammlung, welche aus dem Greg. C. 13, aus dem Herm. 2 Titel enthält, und von deren Handschriften hier besonders diejenigen wichtig sind, welche nicht blos die Titel selbst und deren fortlaufende Zahl im Breviarium, sondern auch die Zahl des Buchs und mitunter auch des Titels im Greg. C. enthalten[59]). Die auch nicht zahlreichen Citate des Greg. C. mit der Zahl des Buchs und resp. Titels, welche sich außerdem entweder in den appendices mancher Handschriften des Breviars oder in andern Quellen noch finden, sind in der folgenden Uebersicht durch Angabe der Quelle ausgezeichnet worden.

Lib. I. tit. 10. de pactis (besonders aus appendices und der Consultatio).
11. de transactionibus.
12. de postulando (aus appendices).

Lib. II. tit. de his, quae vi metusve caussa gesta sunt (aus der Consultatio)[60]).
si adversus donationes sponsis factas in integrum quis restitui velit.

---

[59]) Hänel gibt diese Handschriften in der Praef. p. V. not. 2 an.

[60]) Ein wahrscheinlich hierauf unmittelbar folgender Titel de dolo malo ist nur durch einige in der Consultatio aus dem lib. II. citierte Rescripte indiciert, welche nach ihrem Inhalt ihm angehört haben müssen.

tit. 17. si minor ab hereditate se abstineat (aus appendices).
si maior fuerit probatus.
de inofficioso testamento.

Lib. III. tit. de petitione hereditatis.
de rei vindicatione.
si sub alterius nomine res empta fuerit.
de familiae herciscundae et communi dividundo.
tit. 12. si certum petatur (aus appendices).
si cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.

Lib. IIII. tit. si debito persoluto instrumentum apud creditorem remanserit.
si amissis vel debitori redditis instrumentis creditum petatur.
de deposito.

Lib. V. tit. de nuptiis (aus der Collatio).

Lib. VI. tit. 18. (oder 19) arbitrium tutelae (aus appendices).

Lib. X. tit. quibus res iudicata non noceat[61]).

Lib. XII. tit. de sponsoribus et fideiussoribus (aus der Lex Rom. Burg.).

Lib. XIII. tit. de patria potestate.
de donationibus (aus den Fragm. Vat.).

Lib. XIIII. (?) tit. de accusationibus (aus der Collatio).
ad legem Corneliam de sicariis et veneficis (aus der Collatio).
de maleficis et Manichaeis (aus der Collatio).

Hiernach kommen Gregorians erstes und zweites Buch selbst genauer auf die erste pars des Edicts als Buch 1. 2. des Just. C. Denn der Titel de inofficioso testamento, der in den Pandekten als 5, 2 in der pars de iudiciis vor der hereditatis petitio (5, 3) vorkommt und eben so auch im Just. C. als 3, 28 (29. 30) vor dieser steht, erscheint dort noch am Ende der Lehre von den in integrum restitutiones wie in den Edictscommentaren, offen-

---

61) Der ohne Zweifel hier folgende Titel de confessis in einer appendix wird daselbst ohne Angabe des Buchs citiert.

bar als ebenfalls außerordentliches Rechtsmittel[62]). Wie im Uebrigen auch die Folge der Titel in den drei ersten Büchern dem System des Just. C. und damit der Edictsordnung entspricht, hat schon Hänel gezeigt. Auch möchte ich davon den Titel si sub alterius nomine res emta fuerit nicht ausnehmen, von dem Hänel (p. 23 not. n) gegen die Auctorität des Breviars vermuthet, daß er entsprechend dem Just. C. 4, 50 si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit im Greg. C. in der Contractslehre weit hinter dem Titel de deposito gestanden habe. Er kann in diesem unter den Eigenthumserwerben und damit als Grund der Eigenthumsklage recht wohl hinter dem Titel de rei vindicatione gestellt worden sein[63]) und erst von Justinians Commission mit seiner veränderten Fassung auch seine neue Stelle in der Lehre vom Kaufcontract erhalten haben.

Die Ueberbleibsel von Buch 3 und 4 zeigen so viel deutlich, daß sie auf die pars II und III des Edicts kamen, entsprechend im Ganzen dem Just. C. Buch 3 und 4; nur schloß das dritte Buch nicht etwa genau mit der pars II ab, da auch noch Titel der Contractslehre und also der pars III aus ihm citiert werden. Die Folge der Lehre von der Ehe in Buch 5 und dann von der Vormundschaft in Buch 6 entspricht wiederum dem Julianischen Edict und dem Just. C., in dem jene 5, 5—27, diese 5, 28—75 einnimmt — also auf zwei Bücher Gregorians ein Justinianisches, was auf eine bedeutende Zusammenziehung des Gregorianischen Materials hinweist. Eine eben solche zeigt denn auch noch das Uebrige. Denn enthielt Buch 10 des Greg. C. den Titel quibus res iudicata non nocet = Just. C. 7, 56 und de confessis = Just. C. 7, 59, so kamen wieder vier Gregorianische Bücher (7—10) auf zwei Justinians (6. 7): und

---

[62]) Ulpian handelt davon noch im 14. Buch, wo hinter den Restitutionen auch noch von den recepti arbitri und dem receptum als Anfangsmaterien der Vorbereitung eines Processes die Rede ist, und erst im Buch 15 von der hereditatis petitio. Schon Paulus hat aber die inofficiosi querela nach materiellen Rücksichten geordnet, jedoch sie nicht zur hereditatis petitio, sondern ins Erbrecht gestellt 4, 5.

[63]) So erklärt sich auch in den Vaticanischen Fragmenten die Stelle des Titels ex empto et vendito vor dem de usufructu. Meine iurispr. antei. p. 611 ed. 2.

wenn Buch 12. de sponsoribus et fideiussoribus = Just. C. 8, 41, Buch 13. de patria potestate = Just. C. 8, 47 und von den Schenkungen = Just. C. 8, 54—57 handelte, auch hier zwei Bücher Gregorians auf eines von Justinian.

Hiermit war denn das eigentliche Edictsrecht abgeschlossen, aber nicht auch das ganze forensische des rerum actus; denn zu diesem gehörte auch noch das Criminalrecht der Criminalprätoren, auf das auch die Rescripte sich eben so wohl bezogen, wie auf das Civilrecht, weshalb es auch schon die großen Juristen in ihre Darstellungen des gesammten Civil- und prätorischen Rechts aufgenommen hatten, wie z. B. Paulus in seinen sententiae. Daß nun auch Gregorian davon in Buch 14 handelte, beruht allerdings nur auf Conjectur (Bluhmes und Hänels), da die sehr verderbten Handschriften der Collatio für diese criminalrechtlichen Titel überall andere Buchzahlen haben [64]), aber nach dem Zusammenhange mit den frühern Theilen, auf einer vollkommen sichern und leichten. Man könnte nun nach dem Verhältniß des Just. C. zum Greg. in den vorangehenden Büchern meinen, der letztere habe vom 14. Buche an auf die vier letzten Bücher des erstern auch wieder acht, also im Ganzen 21 Bücher gehabt. Dieser Schluß wäre aber eben so irrig, als wenn man nach dem Verhältniß der Pandekten zum Codex bis zu den libri terribiles beider auch den Umfang des hier und dort nach diesen Stehenden beurtheilen wollte. Die drei letzten Bücher des Just. C. enthalten nur noch Weniges aus dem ius vetus, daher auch nur in wenigen Titeln Constitutionen aus der vorconstantinischen Zeit; ihre Hauptquelle ist hier der Th. C., und so wird der Greg. C. wohl nur 15 oder, wie Hänel, mit Rücksicht auf den Th. C., annimmt, 16 Bücher gezählt haben.

Die erhaltenen Titel des Greg. C. dienen zum Beweise, daß Justinian im Ganzen auch diese Abschnitte in den Büchern des Greg. C. fast wörtlich beibehalten hat, wiewohl auch mit

---

[64]) Nehmlich 3, 4. libro XIX. (die Berliner und Wiener Handschr.) sub titulo de accusationibus. 1, 8. libro IIII. (alle Handschr.) ad legem Corneliam de sicariis et veneficis. 15, 3. libro VII (die Verceller Hdschr. VI) sub titulo de maleficis et Manichaeis. Am leichtesten ist die Correction in der ersten Stelle; für die zweite enthält die Berl. Hndschr. eine deutliche Anzeige des Richtigen (libros quarto statt libro XIIII); an der dritten ist ähnlich X ausgefallen und VII aus IIII geworden.

Modificationen. Und zwar entsprechen diese — um Unbedeutenderes zu übergehen, — der bei den Büchern wahrgenommenen Erscheinung, daß auch hier von Justinian zusammengezogen, nicht weiter specialisiert wurde. So hat der Just. C. nicht den tit. si adversus donationes sponsis factas etc., sondern nur den allgemeinen si adversus donationem (2, 30). Der tit. si sub alterius nomine res empta fuerit ist, wie schon erwähnt, in die Lehre vom Kaufcontract transponiert und da noch mit einer verwandten Materie (4, 50), welche der Greg. C. dort haben mochte, verschmolzen worden. Dem Titel de familiae erciscundae et communi dividundo (actionibus) entspricht wahrscheinlich nur der Justinianische 3, 38, communia utriusque iudicii tam fam. erc. quam c. div., so daß Gregorian für die beiden Klagen einzeln auch noch zwei besondere Titel gehabt haben wird. Die beiden Titel si debito persoluto instrumentum apud cred. remanserit und si amissis vel debitori redditis instrumentis debitum petatur sind wieder in den allgemeinen des Just. C. de fide instrumentorum (4, 21) zusammengezogen, wo die aus jenen Titeln erhaltenen Constitutionen jetzt als L. 1 und 5 vorkommen. Auch der tit. Just. C. de maleficis et mathematicis et ceteris similibus (9, 16) hat wahrscheinlich außer dem Gregorianischen de maleficis et Manichaeis einige verwandte in sich aufgenommen, nachdem die Manichäer inzwischen eine andere Bedeutung (J. C. 1, 5) erhalten hatten.

Justinians Veränderungen in Büchern und Titeln lassen also durch ihre abbreviierende Natur auf einen weit bedeutenderen Umfang des Greg. C. im Verhältniß zu dem, was der Just. C. daraus erhalten hat, schließen. Denselben bestätigen denn auch noch mehr die erhaltenen Zahlen einzelner Constitutionen des Greg. C. In seinem Titel de postulando war die const. 33 von Gordian, während in demselben tit. J. C. die const. 2 von Gordian ist: es sind also allein in seinem Anfange gegen 30 Constitutionen weggelassen. In dem tit. Greg. C. si certum petatur wird die erste erhaltene Constitution, ein Rescript von Caracalla aus dem J. 213, in den Handschr. als die achte bezeichnet; der J. C. hat in diesem Titel (4, 1) nur eine ältere. In dem tit. Greg. C. de nuptiis war eine Constitution aus den ersten Regierungsjahren des Diocletian (287) die 32ste; in demselben Titel des J. C. 5, 4., wo die Consulate

fehlen, ist die erste Const. von Diocletian die 10te. In dem Titel arbitrium tutelae ist c. 13 Greg. C. c. 4. J. C. Wenn dagegen im Titel de pactis c. 8. Greg. C. schon c. 7. J. C. ist, so kann man daraus wohl schließen, daß, so wie die Zusammenziehung von zwei Büchern Gregorians in eines des J. C. auf die beiden ersten Bücher noch keine Anwendung fand, in diesen auch weniger Constitutionen des Greg. C. weggelassen sind.

Nimmt man nun noch hinzu, daß auch die einzelnen Constitutionen des Greg. C. im J. C. oft nur abgekürzt wiedergegeben sind, wie z. B. aus dem langen Edict Diocletians über die Eheverbote wegen Verwandtschaft (Collat. 6, 4) nur wenige Dispositivworte die L. 17. J. C. de nuptiis bilden [65]), und daß aus dem Herm. C. überhaupt nur sehr Weniges in den J. C. aufgenommen worden ist, so dürfte aus diesen Codices kaum mehr in den J. C. übertragen worden sein, als aus den Pandektenjuristen nach Justinians eigener Angabe in die Pandekten. Eben daraus ergibt sich aber ihr ansehnlicher ursprünglicher Umfang, der dem Th. C. kaum etwas nachgegeben haben wird [66]).

Auch ging Gregorians oder richtiger Diocletians Plan nach dem Zwecke der ganzen Sammlung ohne Zweifel auf Herstellung eines möglichst vollständigen Thesaurus des kaiserlichen ius vetus, wenn auch vermuthlich mit der Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis, daß die Aufnahme von veralteten und von Constitutionen wesentlich gleichen Inhalts vermieden wurde. Daß man namentlich sich nicht auf solche Constitutionen beschränkte, welche nicht schon von den großen Juristen ihren Werken in urkundlicher Form oder dem Hauptinhalt nach einverleibt waren, zeigen z. B. L. 1. C. de locato (4, 65) vom J. 213, welche wir auch aus Paulus resp. lib. 5 in der Collat. 10, 9 kennen, und L. 1. C. de acq. vel ret. poss. (7, 32) von Severus, deren Inhalt auch Ulpian L. 11. §. 6. D. de pign. act. (13, 7) an-

[65]) Auch die L. 2. C. de reb. cred. (4, 1) von Alexander las ihr Commentator Patricius im Greg. C. vollständiger, wie ich in der iurispr. antei. 742. ed. 1. p. 763 ed. 2 bemerkt habe.

[66]) Dieses muß man jedenfalls annehmen, wenn man bedenkt, daß die Sammlung des Papirius Justus von Rescripten Mark Aurels aus 20 libri bestand (oben S. 281): Denn mögen auch diese libri einen weit geringern Umfang gehabt haben, als die Gregorians, so geben sie doch auch nur den kurzen dispositiven Inhalt jedes Rescripts wieder, wodurch viel Raum erspart wurde.

führt. Das partielle Rescriptenwerk des Papirius Justus[67]) (oben S. 281) hatte dem noch lebendig producierenden Geiste der damaligen Jurisprudenz entsprechend nicht die Urkunden selbst, sondern, wie die erhaltenen Fragmente daraus zeigen, nur den kurzen Rechtssatz jedes Rescripts meist in indirecter Rede wiedergegeben. Gregorians Plan brachte dagegen eine urkundliche Aufnahme der Constitutionen auch mit möglichst getreuen Inscriptionen und Subscriptionen mit sich, wofür er ohne Zweifel auch die Archive des Kaisers und vieler Gerichtshöfe benutzt haben wird. Daß er aber, und gewiß auch in dem Streben nach möglichster materieller Vollständigkeit, mittelbare Quellen nicht verschmäht hat, die das Formelle der Urkunde freilich nicht genau bewahrten, sieht man aus zwei Umständen. Erstens gibt es bekanntlich eine Anzahl von Rescripten im J. C. mit der bloßen Subscription: sine die et consule und Justinian selbst belehrt uns (const. Haec quae necessario §. 2. const. Summa reip. §. 3), daß sie so schon in den älteren Codices standen — schwerlich aber doch blos in schlechten Handschriften derselben, da man sich damals wohl noch bessere verschaffen konnte. Es waren also solche Rescripte, welche Gregorian selbst nur aus Juristen genommen, welche die Subscription meistens wegließen, und mit dem hinzugefügten sine die et consule wie mit einem Fausse-Belag formell auch in dieser Hinsicht beglaubigt hatte[68]). Zweitens finden sich auch ältere Rescripte, in deren Inscriptionen die rescribierenden Kaiser mit dem Epitheton Divus statt Imperator bezeichnet sind, z. B. Divus (Antoninus) Pius L. 1. C. de procur. (2, 13), L. 1. C. ut in poss. leg. (6, 54), Divi fratres L. 2. C. de procur. (2, 13), L. 2. C. de alend. lib. (5, 25), Divus Marcus L. 2. C. ut in poss. leg. (6, 54). Sie sind um so gewisser als blos aus Juristen, die nach dem Tode dieser Kaiser deren Rescripte angeführt hatten, entnommen anzusehen,

---

[67]) Nur das Werk des Papirius Justus selbst, welches Jacobson p. 26 mit als Quelle Gregorians erwähnt, konnte eine solche nach seiner eben erwähnten Beschaffenheit in der That nicht oder doch nur in sehr beschränktem Maaße sein.

[68]) Diese Constitutionen sind also nicht mit solchen zu verwechseln, denen im J. C. alle Subscription fehlt, was besonders z. B. im vierten und im Anfang des fünften Buchs häufig der Fall ist. Dieses kommt auf Rechnung unserer schlechten Handschriften des J. C.

als sie meistens auch die Subscription sine die et consule tragen.

Die älteste Constitution des Just. und somit denn gewiß auch des Gr. C. ist von Hadrian L. 1. C. de testam. (6, 23) und schon daß es die einzige von ihm ist, deutet auf die Absicht der Compilatoren, damit den Anfang der Zeit, welche das Recht der alten Codices umspannte, zu bezeichnen. Jedenfalls streiten aber innere Gründe dafür, daß Gregorian mit diesem Kaiser anfing, und mehr als eine Bestätigung dieser selbst denn als ein unmittelbares Argument für den Anfang des Greg. C. mit Hadrians Rescripten möchte ich auch das ansehen, daß die scriptores historiae Augustae ebenfalls mit Hadrian anfangen (oben S. 288) [69]). Mit Hadrian vollendete sich nehmlich die etwa seit Vespasian begonnene Umwandelung des ursprünglich despotischen oder absoluten Kaiserthums in ein verfassungsmäßiges mit den Principien, daß das Kaiserthum regelmäßig aus einem Collegium bestehen müsse (wie einst das Magistratsregiment an die Stelle des regnum trat), daß dem Kaiser gezieme, nach den Gesetzen, die er selbst gebe, auch selbst zu leben, daß der Fiscus auf Verlangen der Gegenpartei auch vor dem gewöhnlichen Richter Recht nehmen müsse, daß vom Senat nicht mehr an den Kaiser appellirt werden könne u. s. w. u. s. w. Insbesondere wurde der Kaiser nun auch verfassungsmäßig das, was er thatsächlich oft schon früher gewesen war, der Hort der Einzelnen gegen die Bedrückungen der senatorischen oder sonst wie mächtigen Familien [70]). In diesem Interesse brachte namentlich Hadrian, um nur das Hiehergehörige zu erwähnen, das (städtische und Provincial-)Edict zum festen Abschluß (forma edicti perpetui), eine ähnliche Schutzwehr gegen die Parteilichkeit und Willkühr der

[69]) Unter den neuern Rechtshistorikern haben die ältern, wie z. B. J. Gothofr. Proleg. ad Th. C. c. I. p. CCX. bis auf Bach hist. iurispr. Rom. 3, 2. sect. 1. §. 1 die epochemachende Bedeutung der Regierung Hadrians für die Geschichte des Rechts weit richtiger angenommen, als die spätern seit Hugo (vgl. Civil. Magaz. I. S. 74) bestritten, obgleich diese die Schwäche der Argumente und die Aeußerlichkeit der Auffassung der ersteren entschuldigt.

[70]) So preist ihn namentlich Aristides in seiner orat. 14. Ῥώμης ἐγκώμιον p. 363. (T. I. p. 337. 338. ed. Dind.) als den großen Richter, der überall Gerechtigkeit handhabt und die Unterschiede zwischen Hoch und Niedrig, Arm und Reich verschwinden macht.

Beamten, namentlich zu Gunsten der vielen Neubürger in den Provinzen, wie es einst die Zwölftafelgesetzgebung gegen die Handhabung des bisherigen ius incertum durch die Patricier gewesen war. Hiermit hängt aber wieder zusammen, daß man Hadrian auch in gewissem Sinne den Urheber des alten kaiserlichen, namentlich des Rescriptenrechts nennen kann. Wohl hatten auch die frühern Kaiser schon rescribiert; aber ihre Rescripte an Privaten verliehen in der Regel nur Privilegien und die an Beamten dienten nur zur Regulierung ihrer Verwaltung (nicht der Rechtsprechung), woraus sich erst allmählich allgemeine Principien entwickeln konnten. Rescripte der letzteren Art werden nun allerdings auch schon von den Vorgängern des Hadrian (seit Vespasian) als das gemeine Recht fortbildende von den Juristen angeführt, die meisten von Trajan; unverhältnißmäßig mehr aber doch auch erst von Hadrian an [71]). Und daß unter diesem Kaiser gegen jenen eine wichtige Veränderung hinsichtlich dessen, was man später gewöhnlich unter Rescripten verstand, vorgegangen sein müsse, beweist schon die oben (S. 298) mitgetheilte Aeußerung des Kaisers Macrinus: cum Traianus nunquam libellis responderit, ne ad alias causas facta praeferrentur, quae ad gratiam composita viderentur. Denn darin ist offenbar von Proceßrescripten auf Privateingaben die Rede, jener für die Fortbildung des eigentlichen Civil- und prätorischen Rechts wichtigsten Art der Rescripte, die also selbst unter Trajan überhaupt noch nicht üblich war und damals noch so wie andere Rescripte als eine kaiserliche Gunstbezeugung gedacht wurde. Daß sie aber unter Hadrian aufgekommen war, zeigt nicht blos das thatsächliche Vorhandensein solcher Rescripte von diesem Kaiser, zu denen z. B. auch die in L. 33. D. de re iudic. (42, 1) und L. 3. §§. 1—4. 6. D. de testib. (22, 5) erwähnten offenbar gehören, sondern ganz besonders auch die Aeußerung Julians lib. 1. Digestorum (L. 8. D. de offic. praes. 1, 18):

> Saepe audivi Caesarem nostrum dicentem, hac rescriptione: eum qui provinciae praeest, adire potes, non imponi necessitatem proconsuli vel legato eius vel praesidi provinciae suscipiendae *cogni-*

---

[71]) Auch hier ist Hänels corpus legum lehrreich, in dem man p. 83—85 (Trajan) mit p. 93—101 (Hadrian) vergleichen wolle.

tionis; sed eum aestimare debere, ipse cognoscere an iudicem dare debeat.

Auch sie geht offenbar auf s. g. Proceßrescripte an eine Partei, welche diese bekanntlich nach allgemeiner Entscheidung des vorgelegten Rechtsfalls hinsichtlich des davon zu machenden Gebrauchs an den Statthalter verwiesen, und die Erklärung des obigen Ausdrucks durch den Kaiser selbst (ohne Zweifel Hadrian)[72]) zeigt, wie diese Art von Rescripten damals noch etwas Neues war. Dasselbe kann man aber auch wegen der andern Art von Proceßrescripten, welche wegen des zu fällenden[73]) Urtheils nun auch die Richter selbst — ursprünglich wohl zumeist in Criminalfällen — vom Kaiser einholten[74]), aus folgendem Rescripte Hadrians bei Callistratus lib. VI. de cognitionibus (L. 6 pr. D. de lege Fabia 48, 15) schließen:

> Non statim plagiarium esse, qui furti crimine ob servos alienos interceptos tenetur, D. Hadrianus in haec verba rescripsit: Servos alienos qui sollicitaverit aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur necne, facit quaestionem, et ideo non me consuli de ea re oportet, sed quod verissimum in re praesenti cognoscitur, sequi iudicem oportet etc.

Man erkennt nehmlich die damalige Neuheit auch dieser Art von Consultationen und Rescripten der Kaiser daraus, daß die Behörden noch belehrt werden mußten, was dabei zur richterlichen Untersuchung (quaestio) und was zur allgemeinen Entscheidung des Rechtspuncts durch den Kaiser gehöre[75]).

---

72) Den Anfang der Digesten gab Julian wohl gewiß noch unter diesem Kaiser selbst heraus.

73) Doch kommen fast eben so früh auch Rescripte über gefällte und durch Appellation an den Kaiser angegriffene Urtheile vor, welche auch der iudex a quo einholt. Nur sind diese materiell mehr Decrete als Rescripte. Vgl. Collat. 15, 2, 4—6 mit meiner Anm. in der iurispr. antei. p. 596.

74) Sie gingen naturgemäß aus den Verwaltungsrescripten hervor und man kann dahin gewissermaßen schon z. B. Trajans Rescript an Plinius über die criminelle Behandlung der Christen rechnen. Daß Hadrian dergleichen schon vor der Composition des Edicts erließ, zeigt z. B. das Rescript vom J. 119 in der Collat. 13, 3. §. 2 nach meiner Wiederherstellung seines Datum.

75) Aehnlich ist in einer civilrechtlichen Frage das Rescript von Pius an Tullius Balbus in L. 32 pr. D. de usur. (22, 1). Daß die Statthalter die

Den Anstoß zu dieser neuen Art von Einwirkung der Kaiser auf das Recht gab aber und bildete gewissermaßen zugleich die gesetzliche Grundlage dafür eben auch wieder der Hadrianische Abschluß des prätorischen und demnach auch des Provincialedicts. Derselbe war nehmlich, wie bekannt, mit der Anordnung verbunden, welche Justinian bei Festsetzung einer ähnlichen Aushülfe für seine Rechtsredaction theils aus Julians Büchern (ohne Zweifel den Digesten) theils aus Hadrians Senatsrede über die Edictsredaction selbst anführt, daß, wenn diese für neue Verhältnisse und Interessen als unzureichend sich erweisen sollte, der Kaiser wegen analoger Entscheidung anzugehen sei. Das hieß nun offenbar weder: der Kaiser solle in allen solchen Fällen in Zukunft das Richteramt verwalten, noch auch: er solle dann um Erlassung einer neuen Verordnung ersucht werden, sondern er solle als lebendiger Fortbildner des Rechts an die Stelle treten, welche bisher der Prätor eingenommen habe[76]), wie er denn

---

ser Zeit regelmäßig auch schon wegen Processen beim Kaiser anfragten, wenn sie im Geringsten in Zweifel waren, sagt Aristid. l. c. p. 361. (Vol. I. p. 336 Dind.) Vgl. Collat. 1, 6. 11.

[76]) In der const. Tanta circa §. 18 de confirm. Dig. heißt es davon: Si quid igitur tale contigerit (nehmlich negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata), augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis Deus praeposuit, ut possit omnia, quae noviter contingunt, et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere. Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc retulit, ut si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur et non ipse solus, sed et Divus Hadrianus in compositione edicti et SC., quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas, eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas. Diese nova auctoritas ist eben die imperialis anstatt der bisherigen selbständig prätorischen, und dem widerspricht auch nicht die Fassung derselben Sache in der const. *Δέδωκεν ἡμῖν* §. 18, wo aus Hadrians Senatsrede referiert wird: *ὡς εἴτι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν ἐκ τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀκολουθίαν.* Man muß nur *τούς ἐν ἀρχαῖς* nicht mit qui in magistratu sunt, sondern mit qui in imperio sunt wiedergeben, so daß Hadrian mit diesem Ausdruck die anfragenden Behörden und den rescribierenden Kaiser zusammenfaßte. Die eingetretene Nothwendigkeit, den Kaiser in solchen Fällen zu befragen, erkennt übrigens gelegentlich auch Ulpian in L. 27. D. de fideic. lib. (40, 5) an.

späterhin auch in der That so aufgefaßt wird[77]). Er mußte demnach mit den wirklich zu führenden und zu entscheidenden Processen in eine ähnliche Verbindung treten, wie bisher der Prätor, der theils bei wahrgenommenem Bedürfniß allgemein Neues edicirt, theils auf Ersuchen der Parteien die Richter durch formulae und actiones — namentlich auch utiles actiones — mit principieller Entscheidung des Falls zur Urtheilsfällung instruiert hatte; nur war die kaiserliche Gewalt eine außerordentliche, höhere, welche über dem Prätor mit seinen Richtern zusammen stand und in diesem Verhältniß nur schriftlich angegangen werden und einwirken konnte, wie das schon seit Cäsar üblich geworden war (Tacit. A. 4, 30 mit Lipsius Anm.). So ergaben sich denn von selbst zwei neue Arten von Rescripten: an die rechtsprechenden Behörden, welche außerordentlich selbst Urtheile fällen oder in den Klagformeln unter gewissen Bedingungen vorschreiben sollten, und an die Parteien, welche einen Proceß führen wollten. Eigentlich hätten freilich beide sich auf Fälle beschränken sollen, in denen das geschriebene Recht nicht ausreichte. Aber es ist sehr erklärlich, daß man diese unsichere Gränze nicht innehielt[78]) und daß namentlich die Parteien, vor allem die Neubürger in den Provinzen

---

77) So sagt Themistius (schon angeführt von Schulting diss. pro rescriptis imp. Rom. in dessen comm. acad. Hal. Magd. 1770. I. p. 179) in seiner orat. 19 de human. Theod. imp. p. 228: „Gott habe das Kaiserthum vom Himmel auf Erden gesandt, daß es dem Menschen eine Zuflucht sei von dem unbeweglichen Gesetz zum beseelten und lebendigen" und dann über das Verhältniß des Kaisers zum Richter: „Diesem gebühre es die Gesetze zu befolgen, jenem aber auch sie zu verbessern und ihre Schroffheit und Härte durch Interpretation zu mildern (*παραδεικνῦναι*), indem er ein lebendiges, nicht in festen und unbeweglichen Buchstaben gefaßtes Gesetz sei". Daß aber diese Vorstellung auch schon dem nachhadrianischen Zeitalter angehört und sich besonders auf die kaiserlichen Rescripte bezieht, zeigt Tertull. apol. 4. nonne et vos quotidie, experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis, totam illam veterem et squalentem silvam legum novis principalium rescriptorum et edictorum securibus rustatis et caeditis? Gewöhnlich übersieht man dieses Nachbild des Prätor als viva vox iuris civilis in der Kaiserzeit, demzufolge eine solche vermittelnde Rechtsquelle dem Römerthum nicht blos in seiner republicanischen Verfassung sondern überhaupt eigenthümlich war.

78) Noch Constantin in L. 1. Th. C. de relat. (11, 29) und Arcadius und Honorius in L. 55. Th. C. de appell. (11, 30) sahen sich veranlaßt, den Mißbrauch der Consultationen des Kaisers durch die Behörden vor dem Urtheil zu verbieten.

und die Soldaten, welche vom Römischen Recht nichts verstanden und auch nicht, wie die Italiker — einiger Maßen auch die Lateinisch redenden Westländer überhaupt — durch Response von privilegierten Juristen sich helfen konnten und zu helfen gewohnt waren[79]), den Kaiser, der seit Hadrian sich auch weit häufiger in den Provinzen aufhielt, vor Anstellung eines Processes immer regelmäßiger als ihren natürlichen Patron wegen eines Rescripts angingen, um gegen die Parteilichkeit und Bestechlichkeit des Statthalters geschützt zu sein[80]). Daraus erklärt sich denn auch, weshalb in den zahlreich erhaltenen Proceßrescripten des J. C. und anderer Sammlungen fast immer der Statthalter der Provinz als anzugehende Behörde erwähnt wird und Julian in der oben angeführten Stelle, welche wahrscheinlich in der Einleitung seiner Digesten und eben da stand, wo das von Justinian aus ihm Referierte über die Edictsredaction vorkam, die so lautende Clausel der Proceßrescripte noch ausschließlich voraussetzt.

Wie aber diese Stelle den angegebenen Zusammenhang des Ursprungs der Proceßrescripte mit der Hadrianischen Edictsredaction unterstützt, so liegt ein anderes äußeres Argument dafür in der, wie es scheint, noch spät oft gehegten Ansicht, daß die Rescripte in Jahresfrist ihre Gültigkeit verlören[81]). War nehmlich der rescribierende Kaiser nur der materielle Regulator der Thätigkeit des formell noch selbst edicierenden und rechtspre-

---

79) Wenn man die Rescripte im Codex durchgeht, so muß Einem die Menge theils der Griechischen Namen der Addressaten (z. B. sieben hintereinander in L. 32—38. C. de transact. 2, 4), obgleich es bekannt ist, daß die Neubürger in den östlichen Provinzen häufig auch Lateinische Namen, besonders den des Kaisers annahmen, theils auch der Soldaten (z. B. drei hintereinander in L. 1—3. C. de temp. in int. rest. 2, 53), auffallen, ungerechnet, daß sonst noch Vieles, auch oft im Inhalt, auf den Orient und Griechisches hinweist. Uebrigens ist die Ausbreitung des Röm. Bürgerrechts in den Provinzeu schon zu Hadrians Zeit bekannt, und wie sie selbst in eben erst erworbenen sehr bald zu erfolgen pflegte, kann man daraus ersehen, daß Hadrian Dacien nicht wieder aufgeben wollte wegen der großen Menge der dort wohnenden Röm. Bürger. Eutrop. 8, 6.

80) Es konnte in der Eingabe zugleich um Ernennung eines anderen Richters oder eigene Aburtelung durch den Kaiser gebeten sein (vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. u. Proceß S. 104. 399); gewiß lag aber nicht hierin der Ursprung des Rescriptenprocesses überhaupt.

81) L. 2. C. de div. rescr. (1, 23) Imp. Claudius Epagatho. Falso adseveratur, auctoritatem rescriptorum devoluto spatio anni obtinere

chenden Magistrats geworden, der ja oft auch mit seinem Eigennamen in dem Rescript erwähnt wurde, so lag es nahe, anzunehmen, daß auch das Rescript — nach Cicero's bekanntem Ausdrucke vom prätorischen Edict — nur eine lex annua sei und für den Amtsnachfolger des Statthalters keine Verbindlichkeit mehr habe: wobei man freilich nicht beachtete, daß kaiserliche Rescripte legis vicem hatten und, wenn sie nur das geltende gemeine Recht erklären sollten, auch in ihnen selbst keine Beschränkung ihres Gebrauchs auf eine Zeitdauer lag. Auch dürfte das Citieren von Rescripten aus 'semestria' mit dieser Abhängigkeit der Rescripte von der Jurisdictionszeit zusammenhängen[82]). Der Ausdruck kann — wie auch eine offenbar aus guter alter Quelle geflossene Stelle der Turiner Institutionenglosse bestätigt[83]) — nur Citat eines Sammelwerks sein und, da die aus demselben mit Nennung des Urhebers angeführten Rescripte sämmtlich von Mark Aurel (Kaiser von 162 bis 169 mit Verus, von 176 bis 180 mit Commodus zusammen) herrühren, von dessen Constitutionen allein wir eine Sammlung, die schon oft erwähnte des Papirius Justus, kennen, so hat es wohl eine sehr große Wahrscheinlichkeit, daß das Citat auf eben diese Sammlung geht, woraus sich auch erklärt, daß Ulpian (Anm. 82) einmal ein Rescript aus der semestria ohne Nennung des Kaisers anführen konnte, weil dieser bei einem Citat aus den semestria sich für den Kundigen eben so von selbst verstand, wie deren Verfasser. Die

---

firmitatem suam non oportere: cum ea, quae ad jus rescribuntur, perennia esse debeant, si modo tempus, in quo allegari vel audiri debent, non sit comprehensum (vom J. 271).

[82]) §. 1. I. de excus. (1, 25). Item D. Marcus in semestribus rescripsit, eum qui res fisci administravit, a tutela . . . . excusari posse. Scävola L. 10. D. de serv. export. (18, 7) Claudius: D. Marcus ex lege dicta libertatis in vendendo quamvis non manumissos fore liberos in semenstribus constituit. Tryphoninus L. 46. D. de pactis (2, 14): . . . cum in semestribus relata est constitutio D. Marci . . . Ulpian L. 12. D. de acq. v. om. her. (29, 2) . . . Et est in semenstribus Viviis Soteri et Victorino rescriptum (welches wörtlich folgt). Alexander L. 3. C. si mancip. (4, 57) . . . constitutioni Divorum Marci et Commodi in semestribus scriptae locus est.

[83]) Zu §. 1. I. de excusat. (1, 25) bei Savigny, Gesch. des R. R. im III. Bd. 2. S. 433. 2 Ausg.: Semenstria sunt codex, in quo legislationes per sex menses prolatae in unum redigebantur.

Sammlung betraf dann blos Proceßrescripte und mochte etwa den Titel führen: Imp. M. Antonini u. s. w. constitutiones per semestria digestae, indem sie chronologisch geordnet war[84]). Dagegen konnte Papirius Justus diesen Titel und diese Ordnung nicht wählen, wenn nicht das Rescribieren überhaupt und allgemein nach Semestern geschehen wäre, wie es auch die Turiner Glosse voraussetzt. Begründet war dieses aber wohl weniger, nach der gewöhnlichen Ansicht, durch die von Augustus getroffene Einrichtung, daß die kaiserlichen consilia semesterweise wechselten, welche selbst nur auf demselben Grunde beruhte (vgl. meine iurispr. antei. p. 92. ed. 2), als durch die Eintheilung des Proceßjahrs in die beiden Semester der Sommer- und Wintermonate (Suet. Aug. 32. Claud. 23), die in den Provinzen noch bestimmter hervorträt, indem die Provincialstatthalter in der alten kriegerischen Zeit blos die Wintermonate der Jurisdiction zu widmen pflegten[85]), seit Augustus aber wohl zunächst in den Volksprovinzen[86]), seit Hadrian auch in den kaiserlichen beide Jahreshälften[87]), vermuthlich aber in verschiedenen Theilen der Provinz, zu dem bekannten conventum agere dienten. Die bestimmte Scheidung der Rescriptensemester am kaiserlichen Hofe mag aber immerhin dadurch hervorgerufen und bis zu Diocletians neuer Organisation des Reichsregiments aufrecht erhalten worden sein, daß die kaiserlichen Räthe, zu denen nun immer die angesehensten Juristen gehörten, semesterweise mit den Entwürfen der zu ertheilenden Rescripte betraut wurden.

So bildeten nun also die kaiserlichen Proceßrescripte seit Hadrian auf Grundlage des edictum perpetuum, welches selbst

[84]) Zur Bestätigung davon dient, daß die Auszüge in Justinians Pandekten aus lib. 1 und 2 Constitutionen von Marcus und Verus enthalten, der einzige übrige aus lib. 8 (L. 60. D. de pact. 2, 14) ein Rescript von Antoninus, also aus der Zeit seiner Alleinregierung ist. Die ersten sieben Bücher konnten dann recht wohl auf die sieben vollen Jahre der gemeinschaftlichen Regierung der divi fratres kommen.

[85]) Liv. 34, 48. Cic. ad Attic. 5, 14. Caes. b. G. 1, 54. Ueberhaupt Theophil. 1, 6. §. 4.

[86]) Daß in den neu erworbenen kaiserlichen die alte Sitte bestehen blieb, zeigt Strab. 3, 4. p. 167.

[87]) Was ich eben daraus schließe, daß die Rescripte im J. C. gleichmäßig den Sommer- und den Wintermonaten angehören.

wieder das alte gesetzliche Recht zur Voraussetzung hatte, die nunmehr schriftliche viva vox des modernen Civilrechts, und eine Codificierung derselben mußte selbstverständlich mit Hadrian, der sie eingeführt hatte, anfangen. Auch erscheint es nun als eine innere Nothwendigkeit, daß der Gr. und Herm. C. die Ordnung des prätorischen Edicts befolgten.

Ueberhaupt ergibt sich nach dieser Auffassung eine merkwürdige Analogie für den Gr. und Herm. C., wenn wir Roms aufsteigende Zeit (bis zu den Kaisern) mit der absteigenden (der Kaiserzeit) vergleichen: sie verhalten sich in dieser eben so wie das ius civile Flavianum und Aelianum in jener. Entsprach nehmlich, wie wir oben schon bemerkten (S. 322), der Zwölftafelgesetzgebung in der Kaiserzeit, welche die politische Gewalt von der Volksgemeinde auf die neuen Obrigkeiten übertragen hatte, das edictum perpetuum, so brachte dieses auch wieder wie jene (L. 2. §§. 5. 6. D. de orig. iur. 2, 1) zwei neue, das principiell fixierte Recht mit dem Leben vermittelnde Rechtsquellen mit sich. Denn wie ehemals die nothwendige Interpretation der geschriebenen Gesetze die disputatio fori der Rechtsgelehrten nothwendig gemacht hatte, so rief dasselbe Bedürfniß jetzt die große juristische Literatur hervor, welche das jetzige fixierte Recht bis ins Einzelnste und durch die Responsen auch für wirklich auf dem Forum vorkommende Rechtsfälle auslegte. Den alten legis actiones aber entsprachen jetzt zusammen mit den neben dem Edict ein für alle Male kaiserlich und durch Senatusconsult fixierten formulae die kaiserlichen Rescripte. Beide sind einander zunächst darin ähnlich, daß sie zugleich Proceßacte und Rechtsquellen und in der erstern Eigenschaft den Proceß auf Grund des objectiven Rechts vorbereitende Anweisungen und Formulare sind, die man in bedenklichen Fällen von einer auctoritativen Behörde einholt, um sie dann vor dem rechtsprechenden Magistrat als Directive für den Proceß zu gebrauchen: weshalb man auch eben so rescriptis agere (Macrinus oben S. 298) wie lege agere sagte. Auch die alten legis actiones wird man sich nehmlich in der Gestalt, wie sie von den Pontifices in Verbindung mit den dies fasti gewiesen wurden und dann auch in das ius civile Flavianum übergingen, nicht so abstract denken dürfen, wie sie uns Gaius auseinandersetzt. Sie enthielten so die Anweisung, das Erforderliche vorzunehmen und namentlich sich der erforderlichen

Formulare zu bedienen selbst, und waren darin freilich gewisse Dinge generell und unveränderlich, wie das Gesetz selbst, nach der Deutung, die ihm gegeben war — was ja aber auch von den formulae nebst den Rescripten gilt —, so doch auch andere, die sich nach dem einzelnen Falle richteten, wie z. B. die Anweisung, bei Vindicationen die Sache selbst mit in ius zu nehmen, die Angabe des sacramentum maius oder minus, des anzugehenden Prätors, des zulässigen Tages, der Ausdruck für die im Streit befangene Sache, und es dauerte wohl lange, ehe man sich die legis actiones hiervon losgelöst als allgemeine Formulare des Prätors und der Parteien denken konnte[88]). Eine Sammlung derselben wurde erst gegen Ende der Periode, mit der sie aufgekommen waren, der Sache nach auf Auctorität des mächtigen Ap. Claudius, formell von dessen Schreiber Cn. Flavius publiciert, um damit das Volk von dem Gunstregiment der Großen zu emancipieren, und diese Flavische Sammlung, in der ohne Zweifel auch noch der Name des Respondenten und der Partei als Inscription angegeben war, hatte mit dem nach dem Edict in Bücher und Titel getheilten Greg. C. auch noch die Aehnlichkeit, daß sie auch 'ad formam redacta', nehmlich nach den zwölf Tafeln geordnet war (vgl. L. 2. §. 38. D. de orig. iur. 1, 2): wogegen das ius civile Aelianum, dem Herm. C. ähnlich, nur eine etwa in demselben Zeitabstande vom Flavianum, wie der Herm. vom Gr. C., zu Stande gekommene Supplementsammlung darstellte. Den Edicten und leges novae seit Constantin, die zum Theil noch

[88]) Noch ein Ueberbleibsel aus dem ius civile Flavianum, welches nicht in einem Formular der Partei oder des Prätors, sondern in einer Anweisung, ursprünglich der Pontifices, sich eines solchen zu bedienen, besteht, hat sich in dem S. N. S. Q. = Si negat, sacramento quaerito des Valerius Probus (meine iurispr. antei. p. 72) erhalten. Es entspricht ganz dem rauduscolo libram ferito aus den alten Anweisungen zu außergerichtlichen Formelgeschäften, namentlich Mancipationen (vielleicht aus den leges Manilianae venalium vendendorum) bei Varr. de L. L. 5, 163. aes raudus dictum; ex eo veteribus in mancipiis scriptum rauduscolo libram ferito. Die Neuern, z. B. Leist, Mancipation S. 141, betrachten diese Aufforderung freilich als Stück des Mancipationsacts selbst und legen sie theils dem libripens, theils dem mancipio dans in den Mund. Aber Varro sagt ja in mancipiis scriptum, nicht dictum, und wäre sie ein integrirender Bestandtheil der Mancipation selbst gewesen, so hätte sie später namentlich von Gaius nicht weggelassen werden können. Der Gebrauch des Imperativs in diesen Anweisungen ist derselbe, wie in den sacralen Unterweisungen bei Umbrern und Römern.

eine förmelle Bestätigung durch den Senat erhielten, würden wir dann die in der alten Zeit inzwischen auch aufgekommenen Edicte und leges oder Plebiscite der Magistrate, welche auch damals in das alte Recht grundsätzlich erweiternd und verändernd eingriffen, und dem Th. C. die später zu einem relativ festen edictum aufgelaufene Menge tralaticischer Edicte zu vergleichen haben.

Miscellen.

[Eine handschriftliche Sammlung sächsischer Schöffensprüche des XVI. Jahrhunderts.] Eine große Anzahl von Leipziger und anderen sächsischen Schöffensprüchen ist in einem bisher unbekannten starken Großfolio-Bande enthalten, welcher sich auf der freistandesherrlichen Schaffgott'schen Bibliothek zu Warmbrunn in Niederschlesien befindet. Diese Sammlung ist in mehrfacher Beziehung bemerkenswerth und interessant und sie verdient daher eine etwas nähere Beschreibung. Die ganze Handschrift enthält vier getrennte Collectionen, die sämmtlich, wie sich bald näher ergeben wird, aus der Mitte des 16. Jahrh. herstammen.

I. Die erste Sammlung ist die umfangreichste; sie enthält 629 Capitel. Die Züge der Handschrift wechseln mehrmals, namentlich ist deutlich zu erkennen, daß mit nro. 536 eine andere Hand beginnt. Bis zu nro. 329 hat jedes Urtheil eine mit rother Dinte geschriebene Ueberschrift, ferner mit rother Dinte geschriebene Marginalbemerkungen und glossenähnliche Zusätze, welche auf die betreffenden Stellen des Corpus juris civilis Bezug nehmen. Diese Zusätze und der Text sind von derselben Hand geschrieben. Mit nro. 330 verschwindet die rothe Dinte, während die Zusätze selbst noch fortgesetzt werden.

Die Erkenntnisse zeigen vielfach Kenntniß und Anwendung des Römischen Rechts; überaus häufig aber wird im bewußten Gegensatz zum „Kaiserrecht" und zu den „leges" nach den „landleufftigen Sechsischen Rechten" oder „nach gemeinen Sechsischen Rechten" geurtheilt. Bisweilen sind die Anfragen mitgetheilt, in der Regel jedoch stehen nur die ertheilten Urtheile. Die Erkenntnisse betreffen alle Gebiete des Civil- und Criminalrechts und geben ein anschauliches Bild von der aus Römischem und Deutschem Rechte gemischten Jurisprudenz des 16. Jahrh. Zugleich beweisen die Namen der zahlreichen Städte und Herren, an welche die Erkenntnisse gerichtet werden, die außerordentliche Ausdehnung, welche die Praxis des Leipziger Schöffenstuhles im 16. Jahrh. gewonnen hatte, und

den großen Umfang des Gebiets, in welchem er, wenn nicht als Oberhof im Sinne der früheren Zeit, so doch nach Peifers Ausdruck als Rechtsorakel fungirte [1]).

Weitaus der größte Theil der Erkenntnisse unserer Sammlung ist von den Leipziger Schöffen ausgegangen; hin und wieder finden sich Urtheile der Magdeburger Schöffen, namentlich wenn in derselben Sache beide Schöffenstühle um ihre Entscheidung angegangen worden sind; so enthält beispielsweise nro. 135 die Magdeburger, nro. 143 die davon abweichende Leipziger Sentenz in derselben Proceßsache. Bisweilen sind auch Urtheile des Sächsischen Churfürstlichen Obern Hofgerichts eingestreut.

Die Urtheile sind sämmtlich ohne Datum; dessenungeachtet läßt sich die Zeit, aus welcher sie stammen, aus drei Stellen ermitteln, welche fast auf ein und dasselbe Jahr hinweisen. Bei cap. 2 nämlich ist der Anfragebrief vom Donnerstage nach Crucis exaltacionem anno 1537 datirt; ferner enthält das Urtheil nro. 247 einen vom Sonntage Symonis et Judae anno 37 datirten Anfragebrief und endlich kommen in dem Urtheile nro. 341 die Worte vor „am Sontage noch Chiliani dieses lauffenden 1536 Jors". Diese Zeitbestimmung wird durch einen Umstand bestätigt, welcher der Sammlung ein eigenthümliches Interesse gewährt. Bei vielen Erkenntnissen nämlich sind am Rande Namen angemerkt, welche offenbar die Verfasser der betreffenden Urtheile bezeichnen; so insbesondere häufig Doctor Fachs oder schlechthin Fachs, ferner Dr. Löffel, Camitz, Benedictus Scultete.

Nun theilt Zach. Schneider chronicon Lips. Leipz. 1655 S. 105 ff. den Wortlaut einer Urkunde mit, welche 1537 in den Knopf des damals reparirten Thurmes der Kirche zu St. Thomas gelegt wurde, in welcher die Namen der 3 Bürgermeister, der Schöffen und der Rathsherren des Jahres 1537 enthalten sind [2]). Diesem Verzeichniß zu Folge war der regierende Bürgermeister Dr. Ludwig Fachs; Schöffen waren die Doctoren Martin Löffel und Andreas Francke aus Camitz; Protonotar war Dr. Joh. Scheffel. Wir finden also außer Benedict Schulz die Namen der Auto-

[1]) Davidis Peiferi Lipsia seu originum Lips. libri IV (verfaßt in der 2. Hälfte des 16. Jahrh., herausgegeben von Rechenberg 1689) Lib. II. c. 11: Anni plus minus centum septuaginta sunt, cum ordo Lipsiensium judicum de jure publice respondere coepit, tanta justitiae ac sapientiae gloria et celebritate, ut non finitimi modo populi, verum exterae quoque nationes, Boëmi, Poloni, Borussi et alii, cum de jure ambigerent, ad collegium hoc tanquam oraculum aliquod adirent, quaeque inde responsa tulissent, in tabulas publicas domi consignarent, ut veluti leges haberent, quas deinde in rerum similium controversiis dijudicandis sequerentur. — Vgl. über den Leipziger Schöffenstuhl und dessen Urtheile Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen II. S. 69 ff., besonders S. 71 Note 32.

[2]) Ein Auszug daraus steht bei Thomasius „Ein kleiner Versuch von Annalibus von 1409—1629, Halle 1717" S. 21 (hinter der Ausgabe des Testaments Melchior's von Ossa).

ren unserer Urtheile in diesem Verzeichniß der Leipziger Richter von 1537 wieder.

Dr. Ludwig Fachs ist eine in der Geschichte Leipzigs hervorragende Persönlichkeit; er ist 1534, 1537, 1540, 1543, 1546, 1549 und 1552 regierender — in den Zwischenjahren zweiter, resp. dritter — Bürgermeister[3]); 1540 verehrt ihm die Leipziger Universität einen goldenen Pokal ob praeclara in universitatem merita[4]); 1542 wird er vom Herzog Moritz zum Ordinarius der Leipziger Juristenfacultät ernannt[5]). Er schrieb ein Werk de differentiis juris civilis et saxonici; auch sind Consilia von ihm gedruckt[6]). Er starb den 6. April 1554.

Dr. Martin Löffel oder Luffel aus Jauer in Schlesien gebürtig, ist 1538, 1540, 1541, 1543 einer der Consiliarii Poloni der Leipziger Universität[7]); in den Jahren 1549 — 1555 wird er als Mitglied des Leipziger Raths aufgeführt[8]).

Dr. Andreas Francke heißt nach seinem Geburtsorte Camicensis oder Camicianus[9]) und wird daher in unserm Codex als Dr. Camitz bezeichnet; er war 1522 Rector der Leipziger Universität[10]); 1540 und 1543 wird er als Dr. Andreas Camicianus unter den Consilarii Poloni der Leipziger Universität genannt[11]).

In unserer Sammlung ist noch c. 305 bemerkenswerth; es ist dies ein Brief Simonis-Pistoris Cancellarii Dresdensis ad D. Ludov. Fachs in einer Proceßsache, betreffend die Frage, ob eine Generalhypothek auch Grundstücke mit betrifft oder ob es dazu einer speciellen und öffentlichen Verpfändung (am Gericht der gelegenen Sache) bedürfe; eine Frage, die bekanntlich nach Römischem Rechte anders als nach Deutschem Rechte zu entscheiden ist. Simon Pistoris, einer der berühmtesten Sächsischen Juristen des 16. Jahrh., wurde 1519 Ordinarius der Juristenfacultät zu Leipzig und war von 1523 bis 1539 Canzler des Herzogs Georg zu Dresden[12]). Auch dieser Brief weist daher auf dieselbe Zeit hin und ist insbesondere mit dem Jahre 1537, in welches wir nach den oben angeführten Daten die Abfassung der in der Sammlung enthaltenen Urtheile setzen müssen, vereinbar.

II. Die zweite Sammlung, welche sich an die eben beschriebene anschließt, ist nicht viel weniger umfangreich; sie enthält

---

3) Siehe das Verzeichniß derselben bei Schneider chronic. Lips. S. 263 f.

4) Zarncke Acta Rectorum studii Lips. p. 125.

5) Thomasius a. a. O. S. 24. Ueber seine politische Thätigkeit vgl. die Notizen daselbst zu den Jahren 1531, 1541, 1543.

6) Jöcher Gelehrtenlexicon II S. 1498. Ueber ihn ist zu vgl. Muther in der Zeitschrift f. Rechtsgeschichte IV. S. 440.

7) Zarncke l. c. p. 118. 120. 137. 146. 153. 197.

8) Thomasius a. a. O. S. 86. 87.

9) Siehe auch Jöcher I. S. 1599 s. v. Camitianus.

10) Vgl. das Verzeichniß der Rectoren bei Schneider a. a. O. S. 311 ff. nr. 227.

11) Zarncke l. c. p. 137. 173.

12) Vergl. über ihn Thomasius a. a. O. S. 49 ff.

445 numerirte Capitel. Auch diese besteht überwiegend aus Leipziger Urtheilen, bisweilen finden sich Erkenntnisse der Schöffen zu Dohna (z. B. nro. 22), des Chur- und fürstl. Sächsischen Obern Hofgerichts (z. B. nro. 92) und des Hofgerichts zu Wittenberg (z. B. nro. 98). Gleich die drei ersten Capitel sind drei übereinstimmende Antworten der Schöffen zu Dohna, der „verordneten Doctores des churf. Sächs. Hoffgerichts zu Wittenbergk" und der Schöffen zu Magdeburg, daß ein Statut zu Bodenstadt über nächtlichen Unfug auf einen Fremden, der dort dagegen gesündigt hat, nicht anwendbar sei.

Bei sehr vielen Urtheilen, namentlich am Anfang der Sammlung, ist das Jahr der Abfassung und der Name des Richters, welcher die Sentenz gefällt hat, angemerkt. Die datirten Urtheile sind aus der Zeit von 1541—1552, die meisten davon aus den Jahren 1550—1552. Die Namen der Verfasser derselben sind namentlich Fachs, Löffel, Modestinus Pistoris, Schöffel und Badehorn. In der Regel scheint derjenige Jurist, dessen Namen genannt ist, das Urtheil allein verfaßt zu haben, was auch bei der Ueberhäufung der Mitglieder des Leipziger Schöffenstuhls mit Geschäften, worüber im 16. Jahrh. von Zeitgenossen so oft Klage geführt wird [13]), erklärlich ist. So heißt es ausdrücklich bei nro. 79: Haec sententia scripta ad Doctorem Johannem Gebhorn,. consiliarium Monterbergensem, et concepta a Fachsio Anno 1546. Bisweilen jedoch ist eine Berathung der Schöffen der Urtheilsfällung vorausgegangen. Nro. 62 hat die Aufschrift: „1548. D. Modestinus et placuit D. Schoffelio" und nro. 80: „D. Modestinus ex consilio D. Fachsii, D. Schoffelii et D. Losselii 1551 ad Bernh. Freydig Secretarius tzu Dresden". Von c. 88 ab sind die Datirungen selten, jedoch verschwinden sie nicht ganz; so ist beispielsweise nro. 264 vom Jahre 1551.

Unter den Leipziger Richtern, deren Namen wir in dieser Sammlung finden, sind uns die DD. Fachs und Löffel bereits aus der ersten Sammlung bekannt.

D. Modestinus Pistoris ist der älteste Sohn des oben genannten Simon Pistoris und der Schwiegersohn des Dr. Fachs [14]); er war ein angesehener juristischer Schriftsteller [15]) und wurde 1554 nach dem Tode seines Schwiegervaters dessen Nachfolger als Ordinarius der Leipziger Juristenfacultät; er war zugleich ein geschätztes Mitglied des Leipziger Rathes und 1557, 1560, 1563 regierender Bürgermeister. Er starb den 15. Sept. 1565.

Dr. Johannes Scheffel haben wir oben im Jahre 1537 als Protonotar des Schöffenstuhls begegnet; 1536, 1537, 1541

[13]) Melchior von Ossa Testament S. 491. Peifer l. c. p. 154.

[14]) Vgl. über ihn Thomasius a. a. O. S. 35. 51. Schletter Constitutionen Kurfürst August's von Sachsen S. 160 fg.

[15]) Seine Consilia sind zugleich mit denen des Dr. Fachs herausgekommen. Siehe Jöcher Bd. III S. 1596.

u. s. wird er unter den Consiliarii Bavari der Leipziger Universität genannt[16]); 1547, 1550, 1553 ist er regierender Bürgermeister[17]).

Dr. Leonhard Badehorn[18]) war 1537 und 1545 Rector der Universität[19]), 1556 und 1559 wird er als Assessor des Rathes aufgeführt[20]) und in den Jahren 1562, 1565, 1568, 1571 fungirte er als regierender Bürgermeister[21]). Er spielte bei den in den siebenziger Jahren entstandenen Streitigkeiten, welche zu der Reorganisation des Leipziger Schöffenstuhls durch Kurfürst August im Jahre 1574 führten, eine hervorragende Rolle[22]).

Cap. 47 enthält ein Testament „vor dem herrn Ordinario Ludw. Fachsenn und herrn Egidio Morchen[23]), beyden Burgemeystern und dem gerichtsnotario uff dem Rathhaus ... überreicht und in das Schöffenbuch eingetragen".

Der größte Theil der Sammlung betrifft das Familien- und Erbrecht und ist nach systematischen Gesichtspunkten geordnet. Vor c. 179 steht die Ueberschrift Communia de successionibus; vor cap. 250 Successio collateralium. Nro. 265 enthält sodann „Das Edict vom Regiment zu Nürnbergk im 1521 Jare ausganng vonn Succession bruder und schwester kinder mitt ihrer abgestorbenenn vatter und mutter oder Schwester, die an der abgestorbenen ihres vatters oder mutter bruder oder schwester in Stam erbenn sollenn". Es ist dies das Nürnberger Reichs-Regiments-Edict vom 27. November 1521, welches die allgemeine Beobachtung des §. 19 des Reichsabschieds zu Worms von 1521 einschärfte[24]). Die auf c. 265 folgenden Capitel betreffen sämmtlich dieses Reichsgesetz. Vor c. 295 folgt dann die Rubrik Successio descendentium; vor c. 303 Successio ascendentium, vor c. 308 Erbe. Das Folgende betrifft die Erbaussonderung, Verjährung der Erbschaftsklage, Erbtheilung, Revocation unrechtmäßig veräußerter Erbgrundstücke u. dgl. Vor c. 338 steht die Ueberschrift Maritus und das Citat lib. 3 art. 76, welches sich auf den Sachsenspiegel bezieht, und vor c. 384 Uxor mit demselben Citat. Mit c. 414 ist die Sammlung ihrem ursprünglichen Bestande nach beendigt gewesen; es folgen einige leere Blät-

[16]) Zarncke l. c. p. 91. 146 et al.

[17]) Schneider a. a. O. S. 267.

[18]) Siehe Jöcher I S. 702.

[19]) Schneider a. a. O. S. 319 nro. 257 und nro. 273. Die Geschichte seines ersten Rectorats bei Zarncke p. 91 sqq.; die seines zweiten ebendas. p. 278 sq.

[20]) Thomasius S. 87.

[21]) Schneider S. 267.

[22]) Vgl. Stobbe Gesch. der deutsch. Rechtsqu. II S. 70.

[23]) Egidius Morch war in dem langen Zeitraum von 1520—1544 Bürgermeister und 1555 und 1561 Rector der Universität, wie sich aus den Verzeichnissen bei Schneider ergiebt. Die Geschichte seines ersten Rectorats bei Zarncke p. 436.

[24]) Gengler Deutsches Privatrecht II S. 1332. 1333.

ter und hierauf sind von anderer Hand c. 415—445 nachgetragen; großentheils enthalten dieselben Wiederholungen schon früher abgeschriebener Leipziger Schöffensprüche.

III. Die dritte Sammlung enthält nur 25 Capitel. Jeder Urtheilsspruch hat eine oft ausführliche Ueberschrift, die den Inhalt desselben angiebt. Die Sammlung enthält kein einziges Leipziger Urtheil, vielmehr größtentheils Magdeburger Schöffensprüche (nro. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 23, 24, 25). Außerdem finden sich Urtheile der Breslauer Schöffen (nro. 1, 6, 10, 11), der Mannen und Rechtsitzer des Bischöflichen Hofes zu Breslau und des Bischofs Jacobus von Breslau (nro. 5, 20) und der Schöffen zu Dohna (nro. 18, 22). Für das Alter der Sammlung ist bemerkenswerth, daß c. 1 datirt ist zu Breslau den 8. Juni 1526 „do herr Achatius Haunölt das gerichte sass", daß c. 19 eine 1523 zu Nürnberg ausgestellte Vollmacht für einen zu Breslau zu führenden Proceß enthält und daß Jacob v. Salza von 1520—1539 Bischof von Breslau war [25]). Es scheint, daß diese Sammlung für Schlesien bestimmt und die älteste unseres Codex ist.

IV. Die vierte Sammlung endlich ist durch einige leere Blätter von der dritten getrennt. Daß auch diese für Schlesien bestimmt war, unterliegt nach dem Inhalt derselben, dessen Angabe wir hier folgen lassen, keinem Zweifel.

c. 1. Schöffen zu Dohna für Oels. 1544.
c. 2. Schöffen zu Leipzig für Breslau. 1544.
c. 3. Dieselben für Breslau. März 1544.
c. 4. Schöffen zu Magdeburg.
c. 5. Schöffen zu Leipzig für Breslau. October 1544.
c. 6. Balthasar, Bischof zu Breslau [26]). Datum Neisse 1544.
c. 7. 8. Schöffen zu Leipzig in derselben Sache.
c. 9. Schöffen zu Magdeburg für Schweidnitz. 1544.
c. 10. Schöffen zu Magdeburg für Breslau.
c. 11. Dieselben für Zobten.
c. 12. 13. Schöffen zu Dohna für Breslau.
c. 14. Schöffen zu Magdeburg für Schweidnitz.
c. 15. Schöffen zu Leipzig für Breslau. März 1545.
c. 16. Dieselben (für Breslau?)
c. 17. Dieselben an den Bischof zu Breslau.
c. 18. Dieselben an Herrn Dr. Joh. Hofmann zu Breslau.
c. 19. 20. Dieselben an den Bischof zu Breslau.
c. 21. Schöffen zu Magdeburg an Herrn Dr. Leniger zu Brieg.
c. 22. Dieselben an die Schöffen zu Breslau.
c. 23. Schöffen zu Leipzig an den Bischof von Breslau. September 1545.
c. 24. Schöffen zu Dohna für Wartenberg.
c. 25. Schöffen zu Leipzig in derselben Sache [27]).

---

[25]) Mooyer Onomasticon chronograph. Hierarchiae German. Minden 1854 p. 18.

[26]) Balthasar von Promnitz regiert von 1539—1562. Mooyer l. c.

[27]) Beide Erkenntnisse betreffen die Erbfolge in die Herrschaft Wartenberg in Schlesien, welche Joachim von Maltzan beanspruchte.

c. 26. Dieselben an den Bischof zu Breslau.
c. 27. Schöffen zu Magdeburg an die Schöffen zu Breslau.
c. 28. Die Doctores des Hofgerichts zu Wittenberg an Herzog Friedrich von Liegnitz. 1545.
c. 29. Erk. „des obersten königl. Hauptmannes sammt der Herrn Rechtsitzern dieses [28]) königl. Oberrechts“ [29]).
c. 30. 31. Schöffen zu Leipzig.
c. 32. Hofgericht.
c. 33. Bestätigung eines Todesurtheils Seitens des Herzogs Friedrich von Sachsen zu Torgau.

Nach einem leeren Blatte folgt noch eine ausführliche Anfrage in einer erbrechtl. Streitsache nebst den Antworten der Magdeburger Schöffen, der Leipziger Schöffen und des Wittenberger Hofgerichts. Den Schluß bildet eine Frage in einer Testamentssache nebst Antwort der Leipziger Schöffen.

Diese vierte Sammlung giebt noch Anlaß zu folgenden Bemerkungen.

Die Urtheile sind offenbar chronologisch geordnet, wenigstens ergiebt sich dies aus den datirten Capiteln; selbst wenn aber eine streng chronologische Reihenfolge nicht inne gehalten ist, so gehören doch sicher sämmtliche Urtheile derselben Zeit an, so daß auch die nicht datirten in die Jahre 1544 und 1545 zu setzen sind. Nun wurde bekanntlich 1547 die Stadt Magdeburg wegen ihres hartnäckigen Widerstandes gegen den Kaiser und seine Partei und wegen ihres Eifers für die lutherische Lehre von Karl V. in die Acht gethan; in Folge dieses Ereignisses führte König Ferdinand von Böhmen den lange gehegten Plan aus, den Rechtszug der Schlesischen Städte nach Magdeburg abzuschaffen. Am 28. Januar 1548 wurde die Errichtung eines Appellationsgerichtes zu Prag für Böhmen, Mähren, Schlesien und Lausitz beschlossen und den Städten dieses Gebietes strengstens untersagt, nach Magdeburg, Leipzig oder anderen Gerichten, Schöppenstühlen oder Universitäten zu appelliren oder dort Rechtsbelehrung zu suchen [30]). Mit dieser Zeit hören daher die sächsischen Urtheilssprüche für Schlesien auf. Die jüngsten datirten Magdeburger Urtheile für Breslau, welche bisher bekannt waren, sind vom Jahre 1532 [31]); durch unsern Codex erhalten wir Kenntniß von Urtheilen, von denen es fest steht, daß sie aus den letzten Jahren vor Untersagung des Rechtszuges nach Magdeburg und Leipzig ergangen sind.

---

[28]) Dieses d. i. des Breslauer. Vgl. darüber Bobertag die Gerichte und Gerichtsbücher des Fürstenth. Breslau in der Zeitschrift des Vereins für Geschichte und Alterth. Schlesiens Bd. VII S. 124 ff.

[29]) Es ist dies ein Urtheil über den Gerichtsstand in einem Processe Heinrichs von Riesenberg gegen die Herzöge zu Münsterberg (-Oels und Glatz), welches dahin lautet: „dass vor den königl. Gerichten die Fürsten von Münsterberg Niemandem mynderstandes dan fürstengenosz zu antworten schuldigk.“

[30]) Franklin Magdeb. Weisthümer f. Breslau S. 23 ff.

[31]) Franklin a. a. O. S. 33. Stobbe Rechtsqu. II S. 66 Note 10.

Sodann enthält die Handschr. ein Paar charakteristische Marginalbemerkungen. Es ist schon öfters hervorgehoben worden, daß mit dem Eindringen des Röm. Rechts die ungelehrten Schöffenstühle ihrer Aufgabe nicht mehr gewachsen waren und von den mit Doctores juris besetzten Gerichten und Facultäten in den Schatten gestellt wurden. In Leipzig, wo der Schöppenstuhl bis 1574 aus gelehrten und ungelehrten, d. h. nicht promovirten Mitgliedern bestand, machte sich das Uebergewicht der Doctores sehr fühlbar und führte zu unangenehmen Reibungen. Thomasius bemerkt in den Anmerk. zu Melch. v. Ossa S. 441: „daß die Doctores juris die layischen Schöppen ohne dissimulation öffentlich verachtet und für unfähig und incapabel ausgerufen, in Abwesenheit der Doctorum ein rechtschaffen Urthel, das sich gewaschen hätte, abzufassen; und daß dadurch die Verbitterung zwischen denen Doctoren und Schöppen, die nicht doctores, und zwar durch jener ihre große Schuld, immer größer und größer worden, daß also diesen eben nicht zu verdenken gewesen, wenn sie Gelegenheit gesucht, die doctores aus dem Rath und Schöppenstuhle los zu werden". Bei den Leipziger Schöffensprüchen der vorher beschriebenen Sammlungen sind daher auch nur Doctores als Respondenten angeführt. Der Magdeburger Schöffenstuhl bestand aus Laienschöffen; gerade wegen dieses Umstandes konnte er mit Leipzig, Wittenberg und Halle schwer concurriren[32]. Die Verachtung, welche die ungelehrten Schöffen von Magdeburg gegenüber den promovirten Gelehrten anderer Gerichtshöfe traf, spricht sich nun auch in zwei Randbemerkungen unserer Sammlung aus.

In dem Urth. nro. 4 hatten die Magdeb. Schöffen die Rechtsregel, daß Kinder nur mit richterl. Genehmigung gegen ihre Eltern klagen dürfen, auf einen Fall ausgedehnt, in dem jemand seine Stiefmutter belangte. Der Compilator unserer Sammlung bemerkt hierzu:

> Juxta sententiam Magdeburgensium, praemissa supplicatione posse liberos parentes suos in jus vocare, quamvis in casu nostro noverca in jus vocata fuit, quod secundum communem opinionem doctorum licitum est etiam sine venia; sed istud Asini Magdeburgenses non animadverterunt.

Nicht minder höflich bemerkt er zu nro. 9:

> ein gut grob Magdeburgisch urtheil, in welchem der Beklagten erst post litem contestatam ad petitionem actorum juramentum judiciale deferiret wirdt.

Man sieht, auch der Schreiber unserer Handschrift war offenbar der Ansicht, die Magdeburger Laienschöffen seien „incapabel, ein rechtschaffen Urthel, das sich gewaschen hätte, abzufassen."

Königsberg, October 1866.

Professor Dr. Paul Laband.

---

[32]) Stobbe Rechtsquellen II. S. 65 fg.

Das Sacramentum und die lex Papiria.

Von

Herrn Dr. Danz, ordentl. Prof. und Oberappellationsrath in Jena.

Es liegt auf der Hand, daß die eigentliche Bedeutung des „sacramento agere" und „sacramento provocare" ohne eine eingehende Prüfung der Bedeutung des Wortes „sacramentum" schwerlich gefunden werden kann. Mir scheint hierin die Hauptursache des Umstandes zu liegen, daß die Erklärungen des „sacramento agere" noch immer viel weiter auseinander gehen, als es für den ersten Blick erscheint. Wie weit die Meinungen aber auseinander gehen, selbst bei denen, die sich in Uebereinstimmung wähnen, wird sich am deutlichsten zeigen, wenn ich die einzelnen mit den Worten ihrer Vertreter anführe. Es sind, abgesehen von einigen nur in Nebendingen abweichenden, folgende:

1) Das sacramentum ist ein Succumbenzgeld, d. h. eine Strafe für leichtsinniges Processiren. Als Hauptvertreter dieser Meinung sind anzusehen Zimmern[1]) und Muther[2]), von denen der erstere sich begnügt es einfach als ein „Succumbenzgeld" zu bezeichnen. In gewissem Sinne wird man auch Rudorff[3]) mit zu diesen zählen müssen, wenn er sagt: „Das sacramentum ist eine Caution, welche beide Theile für die Wahrheit ihrer direct und indirect widerstreitenden Behauptungen in der Art aufstellen, daß die des Verlierenden dem Staate als Mulct verfällt.

---

[1]) Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts Thl. III. S. 102.

[2]) Muther, Sequestration S. 132 ff.

[3]) Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte Bd. II. §. 21. — Daß Rudorff ein „Succumbenzgeld" im sacramentum sieht, ergiebt sich auch aus den Worten: „Entweder wurde diese Succumbenzstrafe xc." in §. 21, Note 4.

2) **Das sacramentum ist eine Wettsumme.** Daß das sacramentum eine Wette über das behauptete Recht gewesen sey und der Richter darüber zu entscheiden gehabt habe, wessen Wette gut und wessen dagegen verloren und verfallen sey, haben vor allen Keller, Wetzell und Römer[4]) ausgesprochen. Obgleich Puchta[5]) das sacramentum ein „Succumbenzgeld" nennt, so erklärt er doch einige Zeilen weiter unten, daß der Proceß dadurch die Form eines Streites um die Strafe erhalten habe und muß daher wohl zu denen gezählt werden, die im sacramentum eine Proceßwette sehen. Hierher scheint auch Walter[6]) zu zählen zu seyn. — In neuester Zeit hat Bethmann-Hollweg[7]) sich ebenfalls im Ganzen dieser Ansicht angeschlossen,

---

[4]) Keller, der röm. Civilprozeß. Ausg. 3, S. 51 (weiter ausgeführt und vertheidigt von Römer, Krit. Ueberschau Bd. II. S. 352 ff.). Wetzell, der röm. Vindicationsproc. S. 44. Schmidt, das Interdictenverfahren. S. 315.

[5]) Puchta, Cursus der Instit. Bd. II. §. 161. Note e.

[6]) Walter, Gesch. des röm. Rechts Bd. II. §. 712. Er sagt: „endlich wurde über das Recht und Unrecht in der gewöhnlichen Form des sacramentum eine Wette eingegangen". Welches diese „gewöhnliche Form" des sacramentum als Wettform war, ist mir unbekannt.

[7]) Bethmann-Hollweg, der röm. Civilproc. Bd. I. S. 120 ff. Bd. I. S. 57 verbindet Bethmann-Hollweg Proceßwette und Succumbenzgeld [„ordentliche Proceßform . . . mit Proceßwette und Succumbenzgeld (sacramento)"]. — Auf Seite 121, Note 5 wirft mir der Verf. vor, meine Annahme, daß die summa sacramenti eine Eidbuße gewesen sey, werde weder bewiesen durch die „willkührlichen Combinationen" des Eides und des sacramentum bei Festus, noch auch durch griechische Analogien. — Es wird hier schon der Platz seyn, mit Rücksicht auf meine spätere Ausführung ein paar Bemerkungen vorauszuschicken. 1) Daß die Combinationen des Festus „willkührliche" seyen, scheint mir wenigstens durch diese bloße Behauptung Bethmann-Hollwegs keineswegs auch bewiesen und ich denke in dieser Abhandlung gerade den Beweis zu führen, daß das Gegentheil in Wahrheit der Fall ist. Er giebt aber selbst zu, daß wenn die Römer einen weniger „realistischen" Weg eingeschlagen hätten, es auch denkbar gewesen wäre, daß der Richter dem Kläger hätte Glauben schenken können, wenn dieser durch Eid seine Behauptungen bekräftigt hätte. Als möglich giebt er also selbst meine Ansicht zu. In diesem, mindestens denkbaren, Falle wären aber die „Combinationen" des Festus doch schwerlich „willkührliche". Sie würden es nur seyn, wenn Bethmann-Hollweg beweisen könnte, daß die Römer nicht diesen, sondern seinen „realistischeren" Weg eingeschlagen hätten. Wodurch führt er nun diesen Beweis? Einzig dadurch, daß er den Satz aufstellt: man habe nicht zugeben können, daß der Beklagte so leichten Kaufs dem Kläger die Beweislast zuschieben könne. Ich muß gestehen, daß ich darin, daß man dem

indem er sagt: „Indem also der Eine und Andere für die Wahrheit seiner Aussage eine gleiche Summe Geldes einsetzt, gehen sie in Bezug auf den Ausgang des Processes eine Wette ein, wie sie auch sonst nach römischer Sitte bei Rechtsstreitigkeiten . . . freiwillig eingegangen zu werden pflegte“. Er begründet diese Anschauung durch folgende Argumentation: Sobald der Beklagte die rechtliche Behauptung des Klägers bestreite, sey die Streitfrage und die Beweislast, nämlich die Verpflichtung des Klägers, den Richter von der Existenz des bestrittenen Rechtes zu überzeugen, festgestellt. „Sollte aber“, fährt er fort, „der Beklagte so leichten Kaufs dem Kläger diese Last zuschieben können? der Richter ihm so weit Glauben schenken, ohne daß er etwa durch Eid seine Behauptung bekräftigte, den Verdacht bloßer Chicane entfernte? Das älteste römische Recht schlug zu diesem Behufe einen mehr realistischen Weg ein. Der Beklagte muß zur Bekräftigung seines Widerspruchs eine Summe Geldes in einem Heiligthume (in sacro) deponiren, die gleichsam als ein den Göttern geweihtes Pfand seines guten Glaubens (sacramentum) ihnen . . . verfallen soll“ . . .

3) **Das sacramentum ist ein Vermögenstheil, der den Göttern deßhalb geweiht wird, um sich die Befugniß zur Verfolgung des Rechts zu verschaffen.** Dieser zuerst von Stintzing[8]) aufgestellten Ansicht hat sich in

---

Kläger zumuthete seine eigene Behauptung zu beschwören und dann, wenn der Beklagte hiergegen nichts that, natürlich den Beklagten unterliegen ließ, eine Erschwerung der Beweislast des Klägers nicht finden kann. Ich wüßte kaum, wie er leichteren Kaufs habe abkommen können. — 2) Wenn Bethmann-Hollweg aber behauptet, ich hätte meine Ansicht über das sacramentum durch griechische Analogien „beweisen“ wollen, so muß dieß auf einem Irrthume beruhen. Ich habe, wie in den Jahrbüchern des gem. Rechts Bd. V. S. 89 wörtlich zu lesen ist, mit dieser Herbeiziehung des griechischen Verfahrens nur „beweisen“ wollen, daß „ein solches Verfahren“ (wie ich es für den ältesten römischen Prozeß angenommen habe) „den Anschauungen des Alterthums nicht fremd und unerhört gewesen ist“. Und dieß glaube ich auch heute noch dadurch bewiesen zu haben; keineswegs wollte ich aber dadurch beweisen, daß bei den Römern dasselbe Verfahren wie bei den Griechen stattgefunden habe, wie Bethmann-Hollweg mir unterlegt. Wäre ich von seiner Anschauung ausgegangen, so wäre nicht einmal dieser Nachweis nöthig gewesen, da er selbst ein solches Verfahren für möglich, nur für die Römer nicht „realistisch“ genug hält.

[8]) Stintzing, Ueber das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis. S. 11.

der zweiten Auflage seines Buches auch jetzt Jhering[9]) in gewissem Sinne angeschlossen, indem er die Entrichtung des sacramentum dadurch erklärt, daß er sagt: „Es war nicht mehr als billig, daß die Götter für die Zeit, die der Pontifex ihrem Dienst entzog" (sc. durch seine schiedsrichterliche Thätigkeit) „und den streitenden Theilen widmete, entschädigt wurden". Da nun Jhering das sacramentum vor Beginn des Processes deponiren läßt, wird man wohl auch annehmen dürfen, daß er, wie Stintzing, im Allgemeinen darin ein Mittel sieht, sich die Befugniß zur Verfolgung des Rechts zu verschaffen.

4) Das sacramentum ist eine Strafsumme, die den Göttern dafür zu zahlen ist, daß ein Streittheil im Processe die heilige Formel der legis actio gemißbraucht hat. Diese Erklärung des pönalen Characters der Sacramentssumme hat Schmidt[10]) zu begründen versucht und dann den Uebergang zum Sponsionsverfahren darin gesehen, daß, als das römische Recht sich „a sacrorum imperio" befreite, man durch unbefugten Streit nicht mehr die Götter als verletzt angesehen habe, sondern den Gegner; daher nunmehr auch die Strafe dem Gegner zugefallen sey.

5) Das sacramentum ist der alte Soldateneid, durch welchen das Haupt des Streiters den Göttern geweiht wird. So zuerst Asverus[11]) und früher ihm im wesentlichen beistimmend Huschke[12]).

6) Das sacramentum ist die Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit. In der ersten Auflage des „Geistes des römischen Rechts" von Jhering[13]) wird, um den Gesichtspunkt

---

[9]) Jhering, Geist des röm. Rechts. Aufl. 2. Bd. I. S. 298.

[10]) Ad. Schmidt, Comment. de originibus legis actionum. Friburg. 1857. p. 40.

[11]) Asverus, Ueber die legis actio sacramenti. Ders., die Denunciation der Römer. S. 157. Note 19.

[12]) Huschke, Krit. Jahrb. für Rechtswissenschaft. Jahrg. 1839. S. 665 ff.

[13]) Jhering a. a. O. Aufl. 2. S. 302 ff. — Auf Seite 301. Note 209a sagt Jhering, daß die von mir im „Sacralen Schutz" ausgeführte Ansicht über die sacramenti actio mit der von ihm früher selbst angenommenen identisch und von mir, freilich ohne besondern Beifall zu finden (Note 14), nur weiter ausgeführt sey. Der einzige Punkt, in dem wir von einander abwichen, bestehe nur darin, daß, während er nur eine Partei schwören lasse,

aufzufinden, der die Ausdehnung der geistlichen Gerichtsbarkeit motivire, d. h. ein Mittel, eine Form anzugeben, wodurch diesen Geschäften eine religiöse Beziehung verliehen und dadurch die Competenz des geistlichen Gerichts begründet werden könne, als solches Mittel der promissorische Eid angenommen. Ueberall dann, wenn sich Streitigkeiten über diesen Eid erhoben hätten, habe es am nächsten gelegen, die Pontifices anzugehen. Jede der Parteien deponirte dann für den Fall des Unterliegens ein Succumbenzgeld (sacramentum), welches je nach dem Ausgange des Processes die Strafe für den gebrochenen Eid oder die fälschliche Beschuldigung der Eidbrüchigkeit enthielt.

---

ich beide Parteien schwören ließe. — Ich glaube aber, der einzige Punkt, in dem wir übereinstimmen, ist nur der, daß wir Beide die sacramenti actio mit irgend einem Eide in eine gewisse Beziehung bringen. Dieß that aber schon Asverus (Note 11) und ich zweifle sehr, daß Ihering deßhalb annehmen würde, er habe die Asverus'sche Ansicht „nur weiter ausgeführt". Die Grundverschiedenheit zwischen der Ihering'schen und meiner Ansicht über das Wesen der sacramenti actio wird sich am besten aus folgender Gegenüberstellung beider ergeben. — 1) Nach Ihering muß ein Eid dem Processe vorhergegangen seyn, um den Proceß nur überhaupt an die pontifices zu bringen. Ob dieß der Fall gewesen oder nicht, ist aber nach meiner Auffassung der Sache völlig gleichgültig. Mir genügt es, wenn das durch Klage geltend zu machende Rechtsverhältniß nur überhaupt klagbar ist. — 2) Für Ihering ist das sacramentum eine Strafe für einen gebrochenen promissorischen Eid; für mich ein piamentum für einen falsch geschworenen assertorischen Eid, für ein falsum iusiurandum; es wird nur untersucht, welche von beiden Parteien ein Nichtrecht beschworen hat. Es müssen daher nach meiner Auffassung beide Parteien schwören, wenn die Sache durch ein pronuntiare, cuius sacramentum iustum oder iniustum war, entschieden werden soll. Nach Ihering muß aber nur eine Partei und zwar schon vor dem lege agere geschworen haben. Die eine zahlt nach ihm entweder das Succumbenzgeld, weil sie eidbrüchig war, oder die andere, weil sie den Schwörenden fälschlich der Eidbrüchigkeit beschuldigt hatte. Jede also aus einem ganz verschiedenen Grunde, während nach meiner Ansicht auch zwar nur eine von beiden, aber aus demselben Grunde, nämlich falsi iurisiurandi causa, die poena sacramenti zahlen muß. — 3) Ihering sieht daher in dem provocare sacramento eine Aufforderung zur Deposition des Succumbenzgeldes wegen eines vorhergegangenen eidlichen Versprechens, während ich darin eine Aufforderung an den Beklagten durch den Eid des Klägers sehe, nunmehr auch seine Gegenbehauptung zu beschwören. (§. 9). — Ich glaube hiernach kaum, daß man eine Ansicht, die von ganz andern Vordersätzen ausgeht und zu ganz andern Resultaten führt, die „weitere Ausführung" einer andern Ansicht nennen kann.

Auch ein Rechtsstreit, in dem es sich nicht um einen Eid handelte, habe vor das geistliche Gericht zur Entscheidung gebracht werden können, durch Ableistung eines auf den Rechtsstreit bezüglichen Eides. „Je seltener der Eid ward, um so eher konnte man sich daran gewöhnen, unter der actio sacramento, die ursprünglich Eides-Klage bedeutete — denn sacramentum heißt sonst der Eid — eine Klage mit Succumbenzstrafe, und unter sacramentum selbst das Succumbenzgeld zu verstehen".

7) Das sacramentum war beim sacramento contendere oder agere ein assertorischer Eid beider Streittheile und der Unterliegende zahlte wegen seines falsum sacramentum (hier „sacramentum" = iusiurandum) ein piamentum, das ebenfalls sacramentum hieß (hier also „sacramentum" = poena falsi iurisiurandi) [14].

Endlich gehen noch die Meinungen sehr wesentlich auseinander über die Auslegung des „provocare sacramento". Die Mehrzahl unserer Rechtshistoriker sieht darin ein provocare ad sacramentum [15]), eine Aufforderung an den Beklagten zum Einsatz einer bestimmten Summe. Andere [16]) bleiben bei der gewöhnlichen grammatischen Regel und sehen darin einen Einsatz des Klägers, durch welchen der Beklagte provocirt werde, auch seiner Seits einen gleichen Einsatz zu machen.

Wie weit also noch über den Cardinalpunkt des eigentlichen Wesens der sacramenti actio die Meinungen auseinandergehen, wird wohl die obige kurze Ueberschau genügend dargethan haben, bei der ich einzelne unbedeutendere Abweichungen der Ansichten nicht einmal erwähnt habe. Ich will es nun in der folgenden

---

[14]) Danz, der sacrale Schutz S. 151 ff. — Dieser Ansicht sind beigetreten: Rein, das Privatrecht und der Civilproc. der Römer S. 887. Leist, Civil. Studien Heft III. S. 261 ff. Huschke, Jurispr. Anteiust. Gai. IV. 13. und, wie es scheint, jetzt auch Boecking in seiner neuesten Ausgabe des Gaius, indem er in der Note zu Gai. IV. 13 sagt: „Nunc non displicet quod H. J. A. ded.: iurisiurandi nomine (ii = iurisiurandi)."

[15]) Keller a. a. O. §. 13. Not. 195 und die dort Citt. — Puchta a. a. O. §. 161. Not. k. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 120.

[16]) Stintzing a. a. O. S. 7 ff. Muther a. a. O. S. 133. Rudorff a. a. O. §. 21. Not. 7 und dazu noch die oben Not. 13 Angeführten.

kurzen Abhandlung versuchen zu zeigen, zu welchem Resultate man kommen möchte, wenn man sich einfach an das hält, was unsere Quellen wirklich aussagen, ohne etwas hinzuzuthun oder wegzulassen [17]).

I. Die lex Papiria bei Festus.

§. 1.

1. Die Entstehungszeit der neuen Bedeutung des Wortes „Sacramentum".

Bei Festus v. Sacramentum wird eine lex Papiria nach ihrem Wortlaut angeführt. Diese Stelle lautet nach Müller's Ausgabe S. 344 folgendermaßen:

> **Sacramentum**, aes significat quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur. id in aliis rebus quinquaginta assium est, in aliis rebus quingentorum inter eos, qui iudicio inter se contenderent. qua de re lege L. Papiri Tr. pl. sanctum est his verbis: „Quicunque Praetor posthac factus erit, qui inter cives ius dicet, tres viros Capitales populum rogato, hique tres viri *capitales* quicunque *posthac fa*-cti erunt, sacramenta ex-*igunto*, iudicantoque, eodem iure sunto, uti ex legibus, plebeique scitis exigere, iudicareque, esseque oportet". sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus divinis.

Lassen wir einstweilen den Inhalt der lex selbst auf sich beruhen und prüfen nur den Inhalt der Bemerkungen, die Festus an das Gesetz anknüpft, so ergiebt sich Folgendes:

1) Das Wort „sacramentum" hatte bis zu einer gewissen Zeit eine andere Bedeutung als später, wo es bedeutete das aes, quod poenae nomine penditur; denn Festus sagt ausdrücklich: Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est. Daraus folgt aber auch eben so, daß dieß aes, quod

[17]) Daß, um die Bedeutung des Wortes „sacramentum" im Allgemeinen festzustellen, es nicht genügt sich auf das zu beschränken, was Gaius sagt, bedarf nur der Erwähnung.

poenae nomine penditur, bis dahin nicht „sacramentum" genannt wurde.

2) Dieß „aes" wurde bis zu der Zeit, zu welcher es den Namen „sacramentum" erhielt, auch anders verwendet, denn erst seit dieser Zeit „consumebatur id"

a) propter aerarii inopiam und

b) propter sacrorum publicorum multitudinem „in rebus divinis."

Zunächst ist bei dieser Stelle des Festus der Umstand nicht zu übersehen, daß Festus, um die neue Bedeutung des Wortes „sacramentum" nachzuweisen, den Wortlaut eines Gesetzes anführt, daß keines Falls vor dem sechsten Jahrhundert der Stadt gegeben ist (§. 7). Hieraus ergiebt sich unzweifelhaft so viel, daß nach der Ansicht des Festus das Wort „sacramentum" für „Strafgeld" nicht allein eine aus der Etymologie sich nicht von selbst ergebende, sondern zugleich auch eine ungewöhnliche ist. Um den officiellen Gebrauch des Wortes in diesem neuen Sinne nachzuweisen, führt er aus dem Gesetze mehr an, als er sonst bei dergleichen Erklärungen zu thun pflegt [18]. Es bekommt durch dieses Suchen nach einem Beleg und durch die genaue Angabe der Zeit der Veränderung der alten Wortbedeutung das „dici coeptum est" noch eine weit bezeichnendere Bedeutung, als man vielleicht sonst hineinlegen würde.

Ehe wir aber zur Beantwortung der Frage übergehen, wie dieses aes vorher genannt und verwendet wurde, wird es zweckmäßig seyn zu fragen: wann nach der Stelle des Festus jene neue Benennung aufgekommen ist. Es muß dieß aber, da Festus sich begnügt für die Bestimmung dieser Zeit blos zwei Thatsachen anzugeben, eine eben durch diese Angabe genügend kenntlich gemachte Zeit seyn. Beide Umstände, aerarii inopia und sacrorum publicorum multitudo, trafen aber, selbst nach römischer Anschauung, um die Zeit des ersten punischen Krieges zusammen. Daß der Staatsschatz um diese Zeit auf's Aeußerste erschöpft und die Schuldenlast auf eine bis dahin unbekannte Höhe gestiegen war, ist bekannt [19]. Ganz um dieselbe Zeit ist

---

[18]) z. B. Fest. p. 162. „ut et in XII tab. est." — p. 177. „ut Ennius L. X." — p. 229. „ut est in lege Censoria."

[19]) Plin. hist. nat. XXXIII. 13. „Librale autem pondus aeris imminutum bello Punico primo, cum impensis resp. non suf-

aber auch die sacrorum publicorum multitudo auf das Aeußerste durch die Einbürgerung der griechischen Gottheiten in Rom gestiegen[20]. Nach dieser Zeit, als Priesterthümer unbesetzt blieben, Tempel verfielen und viele Culte aufhörten[21], wäre wohl kaum ein Grund vorhanden gewesen, eine so reiche Einnahmequelle jetzt erst einem gleichgültiger gewordenen Gegenstande zuzuwenden. Gerade aber Opfer und Culte sind „res divinae".

Daß demnach die neue Verwendung jenes aes, quod poenae nomine penditur nach Festus gerade um diese Zeit aufgekommen ist, ist sehr erklärlich, da man sicher daran denken mußte, für diejenigen neuen Culte, die der Staat übernommen hatte, auch neue Quellen aufzufinden, aus denen die Kosten dieser Culte bestritten werden konnten, da das aerarium nicht im Stande war, diesen Anforderungen aus seinen gewöhnlichen Einnahmen zu genügen. Und wegen dieser neuen Verwendung wurde nach Festus jenes aes, das bei den Prozessen verfiel, von jetzt an „sacramentum" genannt.

Hätten wir nun keine weitere Nachricht darüber als diese Notiz des Festus, so würde man einfach wohl bei dieser sich beruhigt haben. Nun leitet aber Varro[22] in einer unten näher zu prüfenden Stelle das Wort „sacramentum" für dieses aes davon ab, daß es „in sacro" deponirt worden sey und man hat fast allgemein dieser Varronischen Etymologie einfach den Vorzug

---

ficeret . ." Paul v. Grave aes (p. 98 ed. Müll.) „ . . Sed bello Punico populus Romanus, pressus aere alieno . ." Fest. v. Sextantari (p. 347). In dieser Stelle ist irrthümlich der zweite punische Krieg genannt. Marquardt, Handb. der röm. Alterth. Thl. III. Abth. 2. S. 8. Hultsch, Griech. u. röm. Meteologie S. 208.

[20]) Marquardt a. a. O. Thl. IV. S. 51. 58. 303 ff.

[21]) Marquardt, ebendas. S. 75. 76.

[22]) Varro de ling. lat. V. 180. — Es ist auffallend, daß man auf die historische Notiz des Festus, daß die Bedeutung von sacramentum als „Strafsumme" die neuere sey, gar keine Rücksicht genommen hat. Was macht denn diese Notiz so unglaubhaft, daß man sich anstellt, als existire sie gar nicht? Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 122 geht noch weiter, indem er ganz kurz sagt: „Neu war weder die Benennung, noch die Verwendung." Er leugnet einfach beide Thatsachen, die Festus erzählt, ohne irgend einen Grund für seine entgegenstehende Meinung anzugeben. Aus der eben citirten Stelle des Varro kann Bethmann-Hollweg unmöglich dieß folgern; irgend eine andere Stelle unserer Quellen aber, durch die er seine Behauptung unterstützen könnte, ist mir wenigstens unbekannt.

vor der Nachricht von Festus gegeben, ohne irgendwie Gründe für diesen Vorzug derselben anzugeben. Lassen wir also einstweilen die eingehendere Erklärung der Varronischen Stelle auf sich beruhen, so ergiebt sich doch aus beiden Stellen, der des Festus und des Varro, mindestens so viel, daß die beiden einzigen Quellenzeugnisse, welche zu erklären suchen, wie das Wort „sacramentum" dazu gekommen sey, ein „aes" zu bedeuten, quod poenae nomine penditur, dieß nicht aus dem Begriffe und Wesen des sacramentum im Allgemeinen herleiten, sondern von äußeren zufälligen Gründen. Es ergiebt sich hieraus das wichtige negative Resultat, daß dieses Strafgeld in den Augen des Festus und Varro etwas „Geweihtes", ein sacrirter Gegenstand, nicht war. Es bliebe völlig unerklärlich, aus welchem Grunde sie Anstand genommen hätten, diese so nahe liegende Etymologie zu verschmähen und statt deren nach andern Gründen der Worterklärung zu suchen, wenn ihnen nicht der Gedanke ganz fern gelegen hätte, daß diese pecunia selbst „ein Gegenstand der Weihe" gewesen wäre [23]).

§. 2.

2) Die ältere Bedeutung des Wortes „sacramentum".

Nach dem eben Ausgeführten steht fest, daß die Bedeutung des Wortes „sacramentum" als „Strafgeld" eine erst später aufgekommene ist und die Erklärung dieser neuen Bedeutung nicht aus den gewöhnlichen Regeln der Wortbildung gesucht wird, sondern aus äußeren, zufälligen Umständen.

Ist es nun aber nachzuweisen, daß der Ausdruck „sacramento contendere" schon vor jener Zeit vorkommt, so muß er vor dieser Zeit in dieser Zusammensetzung eine andere Bedeutung gehabt haben, wenigstens keines Falls die eines aes, quod poenae nomine penditur, wenn sacramento contendebatur.

Nun wissen wir aber, daß schon seit den zwölf Tafeln sacramento contendebatur, agebatur und in diesem selben Ge-

---

[23]) Um sich hiervon zu überzeugen, braucht man bei Varro nur dessen Erklärung und Ableitung ähnlicher Worte zu vergleichen, wie z. B. magmentum, monimentum u. dergl. Wäre ihm das sacramentum als ein „geweihter Gegenstand" erschienen, so wäre seine Ableitung dieses Wortes von der Deposition in sacro, worin doch an sich gar keine Weihe zu finden ist (Not. 59), ganz unerklärlich fern liegend.

setz die Summe jenes aes, welches damals noch nicht „sacramentum" hieß, fixirt war[24]). Hieraus folgt:

Der Ausdruck „sacramento" contendere oder agere und der Name „sacramenti" actio kann zu dieser Zeit der zwölf Tafeln nicht von jener Strafsumme, sondern muß von einer älteren Bedeutung des Wortes sacramentum hergenommen seyn. Auch die poena dieses sacramenti muß daher entweder keinen besondern Namen oder einen andern, als „sacramentum" gehabt haben[25]).

Welches war denn nun aber jene ältere Bedeutung des Wortes „sacramentum", die es in Zusammensetzungen, wie sacramento contendere oder agere, hatte?

Wir werden hierbei zunächst den Kreis der Fälle, in denen es die neue Bedeutung hatte, etwas enger begrenzen müssen, denn Festus und Varro beschränken dieselbe ganz ausdrücklich auf einen einzigen Fall. Beide nämlich sagen, daß die pecunia quae in iudicium venit in litibus[26]) oder das aes quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur[27]) so genannt worden sey, also nur die Geldstrafe, die in Prozessen verfiel. In andern Zusammensetzungen und außerhalb des Prozesses, wie z. B. bei sacramento dicere, tradere, rogare, adigere, obligare, teneri, solvi u. dergl. hatte es also die Bedeutung einer Geldstrafe nicht[28]). In diesen Zusammensetzungen hatte es daher in dubio die gewöhnliche Bedeutung. Wir werden also bis zum Beweise des Gegentheils annehmen müssen, daß auch bei den processualischen Handlungen des sacramento contendere, agere das Wort sacramentum bis zu den punischen Kriegen in dieser gewöhnlichen Bedeutung gebraucht wurde.

---

24) Gai. IV. 14. „nam de rebus . . . sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat".

25) Das Wahrscheinlichste ist jedes Falls, daß sie keinen besondern Namen hatte, denn es wäre dann wohl das Einfachste gewesen, wenn Festus gesagt hätte: die bisher so und so genannte Strafsumme hieß von jetzt an sacramentum. — Sie gehörte eben zu den vielen poenae, die keinen besondern Namen haben und erst durch irgend einen Zusatz genauer bezeichnet wurden.

26) Varro de L. L. V. 180.

27) Fest. l. c. „qui iudicio inter se contenderent".

28) Liv. XXXII. 26. II. 24. Cic. de off. I. 11. Suet. Aug. 24. Ner. 44.

Um diese ältere Bedeutung des Wortes „sacramentum“ zu finden und zu bestimmen, müssen zunächst alle diejenigen Stellen der römischen Schriftsteller außer Betrachtung bleiben, in denen „sacramentum“ eben so gut in der älteren, als in der neueren Bedeutung gebraucht seyn kann. Ich lasse hierbei die oft besprochene Stelle bei Festus[29] vorerst bei Seite, da deren Beiziehung zur Erklärung der oben abgedruckten[30]), aus mir allerdings nicht recht einleuchtenden Gründen, für bedenklich gehalten worden ist. Eben so aber lasse ich die Etymologien bei Seite, die, ohne irgend eine Unterstützung durch unsere Quellen, die Bedeutung des Wortes „sacramentum“ als „Strafgeld“ oder dergl. zu rechtfertigen suchen[31]). Ich halte mich einfach an das, was unsere Quellen hierüber aussagen.

Zunächst steht fest, daß wir bis zu den Zeiten der ersten Kaiser in den uns erhaltenen Quellen mit völliger Bestimmtheit nur zwei Bedeutungen des Wortes „sacramentum“ haben, nämlich die eine als „Eid“ (richtiger wohl eigentlich „Weiheschwur“)[32]), die andere als ein „aes, quod poenae nomine penditur“. Wir würden demnach bei Zusammensetzungen, wie sacramento agere, contendere, interrogari, quaerere und sacramenti actio, wenn wir nicht willkührlich eine dritte unterlegen wollen, nur an eine von diesen beiden anknüpfen können. Man würde schon hieraus, wenn man die Notiz bei Festus, daß die zweite Bedeutung des Wortes (sacramenti nomen) erst später aufgekommen sey (dici coeptum est) schließen

[29]) Fest. v. Sacramento dicitur quod *iurisiurandi sacrati*-one interposita actum *est unde quis sacramen*-to dicitur interrogari quia *iusiurandum interponitur. Cato* in Q. Thermum de X *hominibus: „Atque etiam ad*-erant, ne mala *fide apparere*-t scelera nefaria fie*-ri poscentes, ut sacrame*-nto traderentur, lege aest*-imarentur*“. (ed. Müll. p. 344.) — Paul. v. Sacramentum dicitur, quod iurisiurandi sacratione interposita geritur“. (ed. Müll. p. 345.)

[30]) Fest. v. Sacramentum. (Müll. p. 344.) S. oben S. 345.

[31]) z. B. „ein den Göttern geweihtes Pfand des guten Glaubens“; „ein den Göttern geweihter Vermögenstheil, um sich die Befugniß zur Verfolgung des Rechts zu verschaffen“.

[32]) Wenn ich für sacramentum kurzweg den Ausdruck „Eid“ gebrauche, so meine ich damit die §. 3 näher bezeichnete Art des Eides: das iurare durch sacramentum.

dürfen, daß, wenn Ausdrücke, wie „sacramento contendere", „interrogari" und ähnliche schon erwiesener Maßen vor dieser veränderten Bedeutung im Gebrauche waren, diese Ausdrücke damals gleichbedeutend gewesen seyn mußten mit „iurando[33]) contendere, interrogari" x. Nun sagt aber Gaius[34]), wie schon oben bemerkt wurde, daß in dem Zwölftafelgesetz bestimmte Vorschriften für den Fall gegeben gewesen seyen: si sacramento contenderetur. Ist es nun richtig, daß jene von Festus erwähnte neue Bedeutung des Wortes „sacramentum" erst zur Zeit der punischen Kriege aufgekommen ist, so muß zur Zeit der zwölf Tafeln sacramento contendere eine andere Bedeutung gehabt haben und zwar, da wir keine andere kennen, bis zum Beweise des Gegentheils, die von „Weiheschwur". Dabei bleibt aber immer noch ein Punkt genauer zu prüfen, warum man nämlich den im Rechte so viel gewöhnlichern Ausdruck „iusiurandum" nicht gebraucht, sondern sich des Ausdrucks „sacramentum" beim Processe durch die sacramenti actio bedient habe.

Gerade hierüber scheint mir eine Stelle bei Livius einen sehr wichtigen Aufschluß zu geben. Livius[35]) erzählt hier, daß im J. 538 u. c. eine Veränderung hinsichtlich des Eides eingetreten sey, den die Soldaten bis zu dieser Zeit zu schwören ge-

---

[33]) Daß sacramentum nicht ohne ein iurare denkbar ist, wird weiter unten ausgeführt werden. Hier habe ich das Wort „iurisiurandum" statt „sacramentum" nur gebraucht, um meine Auffassung einstweilen verständlich zu machen. Ich habe hierfür ja auch Analogien der Römer für mich. Man sagt: „iurare iureiurando" (Cic. ad tom. VII. 2) und auch: „iurare sacramento" (Not. 36. 44); eben so giebt es ein „iusiurandum" in verba alicuius, als auch ein „sacramentum" in verba alicuius (Petron. Sat. 170. „In verba Eumolpi sacramentum iuravimus").

[34]) Gai. IV. 14.

[35]) Liv. XXII. 38. Mommsen, Röm. Forschungen. I. S. 332. Der Recensent meines Buches über den sacralen Schutz (Götting. gel. Anz. 1859. S. 228 ff.) findet in dem in dieser Livianischen Stelle erwähnten sacramentum durchaus keine Andeutung, daß darin ein Eid liege. Ihm ist sacramentum nur die zum Kampfe berechtigende Weihe des Kriegers. Man kann dieß füglich zugeben, nur freilich mit zwei Modificationen, nämlich einmal, daß es die Weihe durch Eid ist, so daß also ein sacramentum ohne Eid nicht denkbar ist und dann ferner, daß es nicht eine blos den miles zum Kampfe berechtigende Weihe ist (vgl. Not. 44). Jeder Schwur, dessen Bruch durch periurium eine exsecratio zur Folge haben würde, ist eine sacratio durch iurare, d. h. ein sacramentum = iusiurandum sacratione interposita

habt hätten. Er berichtet: In diesem Jahre sey etwas völlig Neues („quod numquam antea factum erat") hinsichtlich des Soldateneides eingeführt worden. Während bis dahin das, was die Soldaten geschworen hätten (coniurabant), nur ein „sacramentum" gewesen sey („ad eam diem nil praeter sacramentum fuerat"), sey dieses jetzt in ein „iusiurandum ab tribunis militum adactum" verwandelt worden. Worin diese Veränderung bestanden habe, führt er dann näher aus, indem er den Gegensatz darein setzt, daß beim sacramentum die Soldaten „sua voluntate ipsi inter se coniurabant"; dagegen jetzt dieses „voluntarium foedus" derselben „ad legitimam iurisiurandi adactionem translatum" sey.

Prüfen wir nun den Inhalt dieser Stelle genauer, so ergiebt sich:

1) Daß ein „iurare" eben so wohl im sacramentum schon enthalten war, als in der spätern legitima iurisiurandi adactio, denn auch beim alten sacramentum heißt es „coniurabant", wie auch ganz in diesem Sinne Livius[36]) an einer andern Stelle sagt: „iurare ritu quodam sacramenti vetusto".

2) Auch hinsichtlich des Inhalts des Beschworenen war beim sacramentum und dem iusiurandum adactum nicht nothwendig ein Unterschied. Es konnte durch sacramentum ganz dasselbe beschworen werden, wie durch iusiurandum. Denn im J. 294 u. c. als noch dieses Schwören entschieden nur ein „sacramentum" war, schwört die plebs: „conventuros se iussu consulis, nec iniussu abituros"[37]), also wörtlich ganz dasselbe, was sie beschwor beim iusiurandum ab tribunis militum adactum[38]).

3) Eben so wenig liegt aber der Unterschied zwischen dem alten sacramentum der Soldaten und dem neuen iusiurandum

---

iuratum. Daß das unwissentlich und im guten Glauben falsch geleistete sacramentum, das falsum sacramentum expiirt werden kann, also, wenn es expiirt ist, keine exsecratio nach sich zieht, versteht sich von selbst. (Danz, Sacr. Schutz S. 99.) fr. 26. pr. D. de iureiur. (12, 2.)

[36]) Liv. X. 38 und unter Not. 44. — Eine reiche Sammlung von Stellen, die hierher bezogen werden können, findet sich bei Asverus, die leg. act. sacr. §. 8.

[37]) Liv. III. 20. „omnes in verba consulis iuraverint".

[38]) Liv. XXII. 38.

derselben darin, daß sie „adacti“ iureiurando waren. An sich heißt nämlich „adigere“ in den Zusammensetzungen mit sacramentum und iusiurandum nur ganz allgemein: „Jemanden zu einem Eid bringen“[39]). Denn gerade in der einen Stelle des Livius[40]) ist das sacramentum, von dessen „adactio“ die Rede ist, ein völlig freiwilliges und „sacramento adacti“ sind hier nur die „durch Eid Gebundenen“, die sich zum sacramentum haben bewegen lassen und nun gebunden sind, keineswegs aber die „zum Eid Gezwungenen“.

Fragen wir nun, was als das unterscheidende Merkmal des „sacramentum“ und „iusiurandum“ bei Livius übrig bleibt, so ist dieß nichts weiter, als daß das sacramentum eine Weihe ist, die man sua voluntate, voluntarie durch einen Eid vornimmt, während das iusiurandum — wie eigentlich schon das „iurandum“ andeutet — der unfreiwillige Eid ist, dem man sich nicht entziehen kann[41]), gleichviel aus welchem Grunde.

Sua voluntate, aus freiem Willen, kann man aber schwören eben so wohl zur Bekräftigung einer Behauptung (assertorisch), als auch zur Bestärkung eines Versprechens (promissorisch). Hatte

---

[39]) Fr. 32. pr. D. qui et a quibus manumissi (40, 9). Fr. 6. pr. D. de iure patron. (37, 14) „Adigere iureiurando . . intelligitur etiam is, qui libertum iurare patitur“. — Daß „adigere iureiurando“ technisch da gebraucht wird, wo Jemand zur Leistung eines Eides durch einen Vorgesetzten genöthigt werden kann, darüber: Danz a. a. O. S. 29. Dieß ist dann aber eben eine legitima adactio“.

[40]) Liv. III. 20. — Es war hier kein delectus, sondern die einzelnen Plebejer hatten in verba consulis geschworen. Quinctius beruft daher auch nur „omnes, qui in verba iuraverint“, d. h. diejenigen, die factisch geschworen hatten. Es war daher der hier geleistete Eid wirklich ein sacramentum in technischer Bedeutung, d. h. sua voluntate coniuraverant und zwar hier in verba consulis.

[41]) Schon Stintzing a. a. O. S. 10 sagt wörtlich: das sacramentum „sey ein Mittel zur Weihe; das medium, durch welches man weiht. Das Eine dieser Mittel ist der Eid, die feierliche Anrufung der Gottheit, durch welche der Mensch sich selbst ihr weiht, und dieses gewöhnliche Mittel führt vorzugsweise den Namen sacramentum“. Ich könnte dieser Ansicht fast völlig beistimmen, wenn Stintzing statt der Worte: „das Eine dieser Mittel ist der Eid“ gesagt hätte, „das Mittel dazu ist der Eid“. Daß das Wort „sacramentum“ jene weitere, ihm von Stintzing vindicirte Bedeutung wirklich gehabt habe, davon findet sich in unsern Quellen keine Spur. Daß es einen

man im ersten Falle unwissentlich falsch geschworen, sine fraude, so war das sacramentum ein falsum und konnte und mußte durch ein piamentum expiirt werden [42]). Strafwürdig war aber freilich auch dieses falsum sacramentum, daher wird das piamentum oder piaculum desselben zugleich als poena desselben angesehen [43]).

§. 3.

II. Die Stelle des Varro de lingua latina. V. 180.

Fassen wir nun, zunächst immer noch ohne auf Varro und Gaius Rücksicht zu nehmen, das zusammen, was unsere Quellen bisher ergeben, so ist dieß Folgendes:

1) Das Wort „sacramentum" hat im Laufe der Zeit neben seiner ursprünglichen Bedeutung noch eine andere aus äußeren Umständen entstandene erhalten, und zwar

geweihten Vermögenstheil bezeichnet habe, möchte auch dann bedenklich seyn, wenn man wirklich darin das finden wollte, was Stintzing darin sieht. Denn, um blos einen geweihten Vermögenstheil einzufordern, wären wohl schwerlich Tresviri capitales gewählt worden. (Huschke, Krit. Zeitschr. Bd. V. S. 677. Asverus, Leg. act. sacram. S. 32. 33.)

[42]) Der wissentliche und absichtliche Eidbruch beim promissorischen Eide und das periurium beim assertorischen hatten ihre besondern Strafen und von einer Expiation war bei ihnen nicht die Rede. Danz a. a. O. S. 99 ff. Marquardt a. a. O. Thl. III. Abth. 2. S. 435 ff. Rein, Criminalrecht S. 137. 476. 519. z. B. Fr. 4. D. stellionatus (47, 20.) „De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus exulat." — Sollte nicht vielleicht auch die in der s. g. Lex de magistris aquarum erwähnte mulcta von 500 asses für „Verweigerung des Eides" mit dem falsum iusiurandum, dem unrichtig wirklich abgeleisteten Eide in innerlicher Verbindung stehen? — Rudorff, Ztschr. für gesch. Rechtsw. Bd. XV. S. 230. 238. Eben so könnte vielleicht auch die „multae deieratio", die in diesem Gesetze erwähnt wird (Rudorff a. a. O. S. 244), das vielbesprochene „multae sacramentum" seyn. Rudorff (a. a. O. S. 240) ergänzt selbst, wie mir scheint ganz richtig: „si falso deiuratum fuerit". Es würde dann auch das „certare" bei der multae dictio ein certare über die dictio und deren Grund seyn.

[43]) Liv. I. 26. „Itaque ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri, filium expiaret pecunia publica". Fest. v. Subici ar*ries dicitur, qui pro occiso datur*, quod fit (ut ait Cincius *in libro de officio iuris*-consulti) exemplo At*-heniensium apud quos* expiandi gratia aries *inigitur ab eo, qui invitus sce*-lus admisit, poenae p*-endendae loco*. (Müller p. 347.)

diese neuere um die Zeit der punischen Kriege. (Fest. v. Sacramentum.)

2) Wo also vor dieser Zeit das Wort „sacramentum“ einzeln oder in Zusammensetzungen gebraucht wurde, kann es diese erst später aufgekommene Bedeutung nicht gehabt haben.

3) Jene ältere und eigentliche Bedeutung des Wortes wird in zwei Stellen unserer Quellen ex professo festgestellt, in der Stelle bei Fest. v. Sacramento[44]) und bei Liv. XXII. 38. Aus beiden ergiebt sich, daß sacramentum

---

[44]) Vergl. Not. 29. — Daß das Wort sacramentum vorzugsweise von dem Eide der Soldaten gebraucht wird, ist bekannt. Serv. ad Aen. VIII. 1. Eod. VII. 693. Cic. de off. I. 11. „Cato ad Popilium scripsit, ut, si eum (sc. filium) pateretur in exercitu remanere, secundo eum obliget militiae sacramento, quia, priore amisso, iure cum hostibus pugnare non poterat“. Hieraus hat man den Schluß gezogen, daß sacramentum eine feierliche Weihe bei dem Eintritte des Soldaten in die legitima militia gewesen sey, von welcher der damit verbundene Eid den Namen sacramentum empfangen habe. Marquardt a. a. O. Thl. III. Abth. 2. S. 292. — Hiergegen ist Folgendes zu bemerken: 1) Von einer besondern „Weihe“ der Soldaten, mit welcher der fragliche Eid verbunden gewesen wäre, also einem Acte neben diesem Eide, wissen wir nichts. Die legitima militia setzte nichts weiter voraus, als einen Eid. — 2) Dieser Eid ist uns nun aber auch wörtlich erhalten bei Gell. XVI. 4. und enthält im Wesentlichen nichts weiter, als das Versprechen des Soldaten, das Erbeutete nicht zu stehlen. Soll darin die „Weihe“ gelegen haben? Der Soldat weihte durch diesen Eid, wenn er gegen das darin Gelobte handelte, nichts Anderes, als sein caput, ganz so wie jeder andere Schwörende, der durch seinen Eid sein caput geweiht hatte. Also von einer besondern Weihe der Soldaten, bei welcher auch ein Eid nebenbei vorgekommen wäre, sagt wenigstens die Formel bei Gellius nichts. — 3) Auch „die uralte Sitte eidlicher Verbrüderung der Kampfgenossen“ enthielt keine weitere Weihe, als eben einen bestimmten Eid, sich beizustehen. Mommsen, Röm. Forschungen I. S. 332. Die militia war sacrata durch den Eid, aber auch hier nicht der Eid etwas Besonderes durch eine vorhergehende Weihe des Soldaten, so daß etwa ein gewöhnliches iusiurandum durch diese Weihe in ein sacramentum erhöht worden wäre. — 4) Dem sacramento adigere wird einzig dadurch genügt, daß die Soldaten eben schwören. Liv. III. 20. In dieser Stelle soll bewiesen werden, daß die Soldaten „sacramento adacti“ gewesen wären, dieß beweisen die Tribunen durch folgende Schlußfolgerung: weil die milites in verba consulum iuraverint conventuros se iussu consulis, nec iniussu abituros, so sind sie „sacramento adacti“. Wo soll hier für die Schwörenden noch ein besonderer Act der Weihe herkommen, um sie „sacramento“ adacti zu machen? — (Außerdem vergl. auch Not. 46.)

a) eine sacratio, eine Weihe war, deren Bruch selbstverständlich in ältester Zeit die exsecratio zur Folge hatte[45]) und zwar

b) eine durch ein iurare hervorgebrachte (Note 35) und endlich

c) eine freiwillige eidliche Weihe war und sich gerade dadurch vom iusiurandum legitime adactum unterschied[46]).

An der Richtigkeit dieser Schlußfolge würde wohl kaum zu zweifeln seyn, wenn nicht eine Stelle des Varro dagegen zu sprechen schiene. Bei Varro de L. L. V. 180 steht nämlich Folgendes:

„Ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat."

Was hierbei zunächst das Verhältniß dieser Varronischen Stelle zu der des Festus anlangt, so widerspricht sie der letzteren darin keineswegs, daß „sacramentum" bis zu einer gewissen Zeit noch nicht eine bestimmte pecunia bezeichnet habe. Auch Varro hat die Zeit vor Augen, in welcher diese pecunia an das aerarium fiel, also keine frühere Zeit, als die von Festus angegebene der Erweiterung der Bedeutung des Wortes „sacra-

---

[45]) Liv. X. 38. „Deinde iurare cogebatur diro quodam carmine, in exsecrationem capitis . . . composito". — Danz a. a. O. S. 69 ff., wie ja auch mündlicher und schriftlicher Eid sich qualitativ unterschieden. Bluhme, Ztschr. für gesch. Rechtsw. XIV. S. 2 ff. Man hätte ganz ähnlich den körperlichen Eid des canonischen Rechts als „sacramentum" und jeden nicht körperlichen als „iusiurandum" bezeichnen können u. dergl.

[46]) Daß später entschieden die Worte sacramentum und iusiurandum ganz gleich gebraucht wurden, ist bekannt. Suet. Calig. c. 15. — „ut omnibus sacramentis adiiceretur . ." — c. 14. pr. C. de iudiciis. (3, 1.) „. . Cui enim non est cognitum, antiquos iudices non aliter iudicialem calculum accepisse, nisi prius sacramentum praestitissent, omnimodo sese cum veritate et legum observatione iudicium esse dispositturos". c. 8. C. de iureiurando (4, 1.) „Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit, vel ei remissum sit sacramentum . ." vergl. mit fr. 9. §. 1. D. eod. „Iureiurando dato vel remisso . ."

mentum". Varro will also durch seine Etymologie ebenfalls nicht nothwendig die ältere Bedeutung von sacramentum erklären, sondern die Bedeutung, die „sacramentum" hatte, als es an das Aerarium fiel[47]). Er leitet also diese neue Bedeutung nur anders ab, als Festus. Bei dieser seiner Ableitung „a sacro" kommt aber, wenn man genau beim Wortlaute bleibt, folgendes Resultat zu Tage: Kläger und Beklagter deponirten eine bestimmte Summe „ad pontem"; der Sieger auferebat aber seine deponirte Summe nicht wieder ex ponte, sondern e sacro. — Man muß also nothwendig annehmen entweder, daß „ad pontem" und „sacrum" derselbe Ort sind, oder die pecunia ihren Namen nicht von dem Orte erhalten habe, an dem sie deponirt, sondern von dem, von welchem sie wieder weggenommen worden sey. Man kann aber, wie dieß auch durchgängig angenommen worden ist, gar nicht zweifelhaft seyn, daß in Varro's Sinne die Worte „ad pontem" und „sacrum" dasselbe bedeuten sollen. Denn wollte man die zweite Möglichkeit, daß es verschiedene Orte gewesen wären, für richtig halten, so käme die Sonderbarkeit heraus, daß man die Summe zuerst ad pontem deponirt habe, diese dann ad sacrum transferirt und schließlich e sacro wieder weggeholt habe.

Darüber sind aber, wie schon bemerkt, alle Ausleger einig,

---

[47]) Puchta, Curs. der Institt. §. 161. Not. g. faßt das Verhältniß der Erklärungen des Festus und Varro anders auf. Nach ihm hörte das sofortige Deponiren der pecunia durch die lex Papiria auf, und man habe von dieser Zeit an, da das Geld nicht mehr in sacro deponirt wurde, den Namen sacramentum von der Verwendung für die res divinae hergeleitet. — Man könnte die Möglichkeit dieses Hergangs zugeben, aber wahrscheinlich scheint er nicht. Festus sagt, die Sacramentssumme sey propter aerarii inopiam jetzt anders verwendet worden, als früher. Dieß kann kaum etwas anderes heißen, als: weil das aerarium jetzt zu arm war, um den ihm obliegenden religiösen Leistungen nachzukommen, ließ man jetzt die Sacramentssumme dem aerarium zufließen, um es zu jenen Leistungen in den Stand zu setzen. Die neue Verwendung der Sacramentssummen und deren Zuweisung an's aerarium waren also gleichzeitig. Nun spricht Varro von einer Zeit, in der diese pecunia schon an's aerarium fiel, und dennoch auch noch von einer Deposition in sacro als etwas noch Fortdauerndem. — Hieraus folgt aber gegen Puchta's Annahme, daß man, wenigstens bis zur Zeit der lex Papiria, keinen Grund gehabt hätte, die herkömmliche Ableitung des Wortes sacramentum von der Deposition in sacro zu verlassen und, wie Festus thut, nach einer andern Ableitung zu suchen.

daß bei Varro der Ort der Deposition und der Wiederwegnahme derselbe sey[48]). Es fragt sich nur: welches war dieser Ort? Schon Müller in seiner Ausgabe des Varro sagt zu unserer Stelle in der Note: „puto, loco quodem sacro ad pontem sublicium". Ihm sind in dieser Auffassung mit nur geringen Modificationen die Meisten gefolgt[49]). Behält man nun die Lesart „ad pontem" bei und hält fest, daß sich Varro das „sacrum", aus welchem der Sieger im Processe die deponirte Summe auferebat, mit dem durch „ad pontem" bezeichneten als identisch gedacht haben muß, so folgt, daß das „ad pontem" ein bestimmtes sacrum gewesen seyn muß, das genügend kenntlich auf diese Weise kurz und unzweideutig bezeichnet werden konnte. Von einem sacrum ad pontem sublicium ist aber nichts bekannt, was um so auffallender ist, als kein anderer pons in so verschiedenen Beziehungen erwähnt wird, als eben der sublicius. Es wird daher, da bei dem jetzigen Stande unserer Quellen etwas Sicheres hierüber schwerlich aufgestellt werden kann, ein neuer Versuch, diese Worte anders zu erklären, billige Nachsicht finden[50]).

Daß irgend eine bestimmte Brücke in den Quellen kurzweg als „pons" bezeichnet werde, dafür findet sich meines Wissens

---

[48]) In der ersten Ausgabe seines „Geist des röm. Rechts" hat Ihering (Aufl. 2. S. 305. Not. 214) angenommen, die Deposition sey bei den pontifices erfolgt. Es hat sogar Müller ad Varr. de ling. lat. V. 180 geradezu lesen wollen: „ad pontificem deponebant". Abgesehen von den sachlichen Fragen, die sich hierbei aufwerfen würden, z. B. bei welchem pontifex? u. dergl. scheint mir diese Lesart auch sprachlich sehr bedenklich. Cic. de offic. III. 25.

[49]) Daß sich am pons sublicius oder gar auf demselben ein sacellum befunden habe, wird nirgends gesagt. Es sagt auch Varro de L. L. V. 83. nur: . . quom in eo sacra et uls et cis Tiberim non mediocri ritu fiant.", woraus natürlich nicht geschlossen werden kann, daß dort ein sacellum oder gar zwei (uls et cis Tiberim) gewesen wären. Marquardt a. a. O. Thl. IV. S. 186. Not. 1107 u. S. 201. — Zu unserer Stelle des Varro sagt Bethmann-Hollweg a. a. O. Thl. I. S. 120. Not. 1. „Ad pontem sc. Sublicium d. h. einen daselbst befindlichen, unter der Obhut der pontifices stehenden Tempelschatz". Ich habe mich vergeblich bemüht, für diesen „unter der Obhut der pontifices stehenden Tempelschatz" am pons sublicius in unsern Quellen irgend eine Andeutung zu finden.

[50]) Die erste Anregung zu der im Texte versuchten Erklärung danke ich der topographischen Kenntniß meines Collegen, des Herrn Prof. Vermehren.

kein Beispiel [51]. Nur in einem einzigen Falle ist von bestimmten pontes die Rede, ohne irgend einen dieselben näher bezeichnenden Zusatz. Wir wissen nämlich, daß die Tiberinsel, um zu gewissen Tempeln zu gelangen, schon ziemlich früh zuerst mit dem linken Ufer durch eine Brücke verbunden wurde und später mit dem rechten durch eine zweite [52]. Seit dieser Zeit wurde die Tiberinsel selbst geradezu „inter duos pontes" genannt [53], ohne nähere Bezeichnung oder besondern Namen dieser Brücken. Unter andern Tempeln befand sich auf dieser so bezeichneten Tiberinsel auch ein sacellum des Dius Fidius (Semo Sancus) und des Jupiter Jurarius [54], also der beiden eigentlichen Schwurgottheiten. Dürfte man nun annehmen, daß, wie die ganze Tiberinsel bezeichnet wurde durch „inter duos pontes", so auch ein bestimmtes einzelnes sacellum an einer dieser Brücken kurzweg als „ad pontem sc. sacellum" bezeichnet worden wäre, so hätte das „ad pontem deponere" bei Varro einen ganz prägnanten Sinn und Varro konnte „ad pontem" und „e sacro" sc. ad pontem recht wohl gebrauchen, um einen ganz bestimmten Ort damit vollkommen kenntlich zu bezeichnen. Ob dieß nun gerade das sacellum des Dius Fidius oder Jupiter Jurarius war, folgt hieraus freilich noch nicht, aber so viel jedes Falls, daß die pecunia, quae in iudicium venit in litibus, nicht in irgend einem beliebigen, sondern in einem bestimmten sacrum, nämlich dem sacrum ad pontem deponirt werden mußte. Daß aber der Gott, in dessen sacrum das Geld deponirt wurde, nach der ganzen religiösen Anschauungsweise der Römer in irgend einer besondern Beziehung zu einer solchen Strafsumme stand, ist wohl kaum zu bezweifeln. Welche Gottheit sollte dieß nun aber gewesen seyn? Sollte nicht der Dius Fidius oder Jupiter Jurarius derjenige Gott gewesen seyn, der bei Rechtsstreitigkeiten vorzugsweise in Betracht gekommen wäre? Wo Eide im Processe vorkommen, sicher. Daß man aber, wie man die ganze Insel blos „inter duos pontes" nannte, Eines

---

[51]) Becker, Handb. der röm. Alterth. Thl. I. S. 692 ff.

[52]) Becker a. a. O. I. S. 652. 653.

[53]) Becker a. a. O. I. S. 653. Not. 1402.

[54]) Fest. v. Praedia (ed. Müll. p. 239. 241). Preller, Röm. Mythol. S. 238. 635. Danz a. a. O. S. 21 ff.

der auf ihr befindlichen sacella kurzweg durch „ad pontem“ bezeichnete, möchte wohl kaum etwas Auffallendes haben.

Ob aber von je gerade bei diesem Gotte das sacramentum in litibus zu leisten war, läßt sich nicht mit Bestimmtheit behaupten. Daß aber von je auch hierbei, wenn durch falsum iurare ein piaculum begangen war, untersucht werden mußte, welcher Gott zu expiiren und mit welchen Mitteln diese expiatio zu bewerkstelligen sey, unterliegt keinem Zweifel [55]). Da aber beim sacramentum im Processe die erste Frage, nach dem zu sühnenden Gotte, nirgends erwähnt wird, während man doch bei sehr verschiedenen Gegenständen schwören konnte [56]), so scheint sich hierüber wohl schon früh eine Regel gebildet zu haben. Jedes Falls galt aber bei dem Eide, der bei keinem bestimmten Gott geschworen ist, wenn er nur überhaupt mit einer sacratio verbunden war, das, was ein unbekannter Grammatiker aus den indigitamentis des Granius Flaccus excerpirt hat [57]), daß in diesem Falle alle Götter gesühnt werden müßten. Daß aber bei Rechtshändeln schon sehr früh bei der Fides, und später beim Dius Fidius und Jupiter Jurarius geschworen wurde, darf man wohl mit Sicherheit annehmen [58]). Ob nun das von Varro erwähnte sacrum ad pontem ein nirgends erwähntes am pons sublicius war oder das des Jupiter Jurarius, welches erweislich inter duos pontes, vielleicht an einer von diesen beiden schlechtweg „pontes“ genannten Brücken stand, ist nicht zu erweisen, aber sicher auch nicht unwahrscheinlicher als ein sacrum am pons sublicius.

Wie verhält sich nun aber schließlich die Erklärung Varro's

---

[55]) Cic. de harusp. resp. c. 10. „Audio, quibus diis violatis expiatio debetur“. Liv. XXIX. 19. „... ut prius ad collegium pontificum referretur . . quae piacula, quibus diis, quibus hostiis, fieri placeret“. — Id. XXXI. 12. „ . . ac piacularia, sicut ante pontifices censuissent, fieri causa expiandae violationis eius templi“. Danz a. a. O. S. 97 ff. Marquardt a. a. O. IV. S. 249 ff.

[56]) Fr. 3. §. 4. Fr. 4. 5. pr. §. 1—3. D. de iureiur. (12, 2.) Suet. Calig. 15. Aes Salp. 25. 26. Aes Malacit. 59.

[57]) Gramm. inc. gloss. ad Aen. XII. 234. ex Barth. advers. 33. 13. (Huschke, Iurispr. Anteiust. p. 42. „Flaccus (edd. Elaus) scribit, Numam Pompilium, cum sacra Romana conderet, voto impetrasse, ut omnes dii falsum iuramentum vindicarent“.

[58]) Danz a. a. O. S. 22. S. 127 ff.

zu der des Festus? Einfach so, wie schon Puchta (Note 47) andeutete, Varro leitet sacramentum in der Bedeutung von pecunia von dem Orte der Deposition her, Festus von der Art der Verwendung. Puchta erklärt diese Verschiedenheit daraus, daß Varro die Zeit vor Augen habe, in welcher noch in sacro deponirt worden sey, Festus dagegen die, in welcher dieß nicht mehr der Fall gewesen sey. Beide, Festus und Varro, haben aber entschieden ganz dieselbe Zeit vor Augen, nämlich die, in welcher schon diese pecunia für die sacra publica verwendet wurde, denn diese pecunia „ad aerarium redibat" (= perveniebat), um für die sacra publica verwendet zu werden. Also Varro leitet die Bedeutung des Wortes auch in dieser späteren Zeit, als die Veränderung in der Verwendung schon eingetreten war, noch vom Orte der Deposition ab, keineswegs von „sacrum" in der Bedeutung von „heilig" oder „sacratum"; denn das sacrum, welches Varro meint, ist = sacellum. Wenn aber überhaupt die neue Bedeutung des Wortes „sacramentum" aus äußeren Gründen entnommen werden mußte, so konnte füglich Varro die Deposition in sacro und Festus die Verwendung ad res divinas als diesen äußern Grund betrachten, ohne daß man mit Puchta anzunehmen braucht, Festus und Varro hätten verschiedene Zeiten vor Augen.

So viel steht jedes Falls fest, daß weder Festus, noch Varro bei ihrer Erklärung der Thatsache, daß eine gewisse pecunia bei Processen „sacramentum" geheißen habe, an die so nahe liegende Ableitung dieses Wortes von „sacrum" (heilig) oder etwa „sacratum" gedacht haben. Keiner von Beiden sieht also darin einen „geweihten Gegenstand" oder „ein den Göttern geweihtes Pfand des guten Glaubens der Streittheile", vielmehr Beide nur ein Strafgeld. Beide wollen den ihnen auffallenden Umstand erklären, wie dieses Strafgeld dazu kam, den Namen „sacramentum" zu erhalten. Der eine sagt: weil es für die sacra publica verwendet wurde; der Andere: weil es in sacro (= sacro loco) deponirt wurde. Daraus aber, daß irgend ein Gegenstand für sacra verwendet wird oder in irgend einem sacellum deponirt wird, folgt an sich noch keineswegs, daß dieser Gegenstand als ein „geweihter" anzusehen ist [59]).

[59]) Fest. v. Sacer mons (ed. Müll. p. 321.) „Gallus Aelius ait, sacrum esse, quodcunque more atque instituto civitatis consecratum sit . .

Ist nun aber das sacramentum in diesem Sinne kein geweihter Gegenstand, sondern eben ein Strafgeld, so entsteht die Frage: was denn nun auf diese Weise bestraft worden sey? Man antwortet: das „temere agere oder negare“. Wo wird aber dieß gesagt?

§. 4.

III. Die Stelle des Gaius IV. §. 13.

In der vielbesprochenen Stelle des Gaius [60]) sagt dieser, ganz ähnlich wie Varro und Festus, „nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine“ und spricht in gleicher Weise von einer „sponsionis et restipulationis poena“ bei der actio certae creditae pecuniae. Er sagt dann weiter, daß beide Klagen, sowohl die sacramenti actio als die actio certae creditae pecuniae, periculos gewesen wären, die letztere propter sponsionem für den temere negans reus und propter restipulationem für den actor si non debitum petat.

Gerade so wie „hoc tempore“ diese letztere Klage, sey auch die sacramenti actio periculos gewesen. Worin besteht nun nach Gaius bei beiden die Gleichheit und worin die Ungleichheit? Die Gleichheit besteht bei beiden darin, daß der Unterliegende eine Summe zur Strafe zu zahlen hat, also nur darin, daß beide „periculosae“ waren. Die Ungleichheit beider Klagen besteht dagegen in zweierlei: 1) darin, daß bei der sacramenti actio die poena „in publicum cedebat“, während sie bei der actio c. c. p. „lucro cedit adversario“. 2) In dem Grunde, aus welchem die poena verfällt. Daß dieser Grund bei beiden ein verschiedener ist, unterliegt keinem Zweifel, wenn man den lesbaren Theil der Stelle unbefangen betrachtet. Wäre bei beiden das temere negare oder agere der Grund der Strafe, so konnte

---

sive pecunia, sive quid aliud, quod Dis ... consecratum sit: quod autem privati suae religionis causa aliquid earum rerum deo dedicent, id pontifices Romanos non existimare sacrum“. Gai. II. 5. Macrob. Sat. III. 3, 2. — Auch die officielle Wage war im Tempel des Saturn deponirt, ohne deßhalb „geweiht“ zu seyn. Varro de L. L. V. 183. — Cic. ad Att. V. 21. „Graecis quaerentibus, ut in fano deponerent, postulantibus, non concessi“.

[60]) Gai. IV. 13.

Gaius unmöglich sagen: „eaque actio (sc. sacramenti) perinde periculosa erat falsi ****, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem qua periclitatur reus si temere neget etc.“ Denn so viel ist klar, daß die Gefahr für beide Streittheile bei der ersten aus einem „falsum“, bei der zweiten aus einer „sponsio“ des temere negans oder agens entsprang. Also die poena traf bei der sacramenti actio den Unterliegenden wegen eines falsum. Was soll das für ein falsum gewesen seyn? Worin bestand es? Gerade dieß ist leider bei Gaius nicht lesbar. Nach der facsimilirten Ausgabe des Gaius von Böcking[61]) steht so viel jetzt unzweifelhaft fest, daß „falsi“ im Texte sicher zu lesen ist und dann nach diesem Worte 7, höchstens 8 Buchstaben bis zu dem folgenden „atque“ mit Sicherheit nicht zu lesen sind. In diesen 7—8 Buchstaben muß aber natürlich das zu „falsi“ gehörige Substantiv gesucht[62]) oder sonst „falsum“ selbst als Substantiv genommen werden[63]). Endlich wäre auch möglich, das „falsi“ als Adjectiv auf das vorausgegangene „sacramento“ zu beziehen, so daß, wenn man mit Lachmann läse „falsi nomine“, zu suppliren wäre sc. sacramenti[64]). Mag man aber das bei Gaius

---

[61]) Böcking, Gai Institutiones codicis Veronensis apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas conpositum. Lips. 1866. p. 191.

[62]) Savigny's Conjectur „falsiloquis“ möchte wohl schwerlich jetzt noch Beifall finden. Bethmann-Hollweg wollte lesen: „kal. nosis“ (calumniosis). Ob er diese Conjectur noch billigt, ist aus seinem röm. Civilproc. I. S. 122. Not. 10 nicht zu ersehen, da er in dem Abdrucke der Gaianischen Stelle in dieser Note nicht einmal das unzweifelhafte „falsi“ in dem Texte aufgenommen hat. Huschke hat in seiner Iurisprudentia Anteiustin. zu lesen vorgeschlagen: „ii (iurisiurandi) nomine“, was auch neuerdings Böcking als ihm zusagend erklärt hat. (Note 14.)

[63]) Zu denen, die falsum als Substantiv ansehen, gehört Lachmann, der lesen will: „falsi nomine“, und früher auch Huschke: „falsi convictis“. — Freilich könnten aber auch beide ihr „falsi“ in der Not. 64 angegebenen Weise verstanden haben.

[64]) Daß dieß grammatisch zulässig wäre, ist wohl unzweifelhaft. Es würde dann heißen: „Es wurde in gewissen Fällen sacramento gestritten, aber diese Art zu streiten war wegen des falsum sc. sacramentum gefährlich“. — Seit mir Böcking's unschätzbares Apographum (p. 191) des Gaius zu Gebote steht, scheint mir das, was ich schon früher (Sacr. Schutz S. 169) als wahrscheinliche Ergänzung aufstellte, jetzt noch viel wahrscheinlicher, daß nämlich zu lesen sey: falsi sacrami ō oder c' (causa). Nach den Scheden Bluhme's ist Folgendes lesbar: falsi a..mi. Nach diesem „mi“ folgen ein oder zwei

Unlesbare ergänzen, wie man will, so steht immer fest, daß der Gedankengang des Gaius folgender ist: Bei beiden Klagen ist es möglich, daß man in eine poena verfällt, gleichviel ob man Kläger ist oder Beklagter; bei der sacramenti actio trifft die Strafe sowohl den Kläger, als den Beklagten aus einem und demselben Grunde, nämlich wegen eines falsum (gleichviel was dabei zu suppliren ist); bei der actio certae creditae pecuniae, nicht wegen eines falsum, sondern wegen eines vorausgegangenen Vertrags, und auch beide Theile nicht aus demselben Vertrage, sondern den Beklagten propter sponsionem, den Kläger propter restipulationem.

Wäre nun das sacramentum Gegenstand einer Proceßwette gewesen[65]), so ist diese, mag sie durch pignus oder sponsio eingegangen gewesen seyn, immer auf einen Vertrag gegründet, und der Verlust der Wettsumme tritt ein in Folge des Vertrags, man verliert sie propter sponsionem oder pactionem. Das sacramentum verlor man aber gerade nicht propter sponsionem, sondern aus einem andern Grunde, gleichviel welcher dieß war. Die poena trat ein, nicht weil dieß Folge eines vorausgegangenen Vertrags war, sondern weil man Etwas begangen hatte, worauf eine poena stand; dieses Andere war aber nach Gaius ein „falsum", gleichviel ob sacramentum, iusiurandum oder was sonst.

Nach dem, was unsere Quellen ergeben, war aber die älteste Bedeutung des Wortes sacramentum die einer „freiwilligen

---

nicht lesbare Buchstaben, die man in „c̄" oder „c'" = causa auflösen könnte. Es würde also höchstens ein „s" und ein „cr" fehlen. Noch wahrscheinlicher möchte die von mir vorgeschlagene Lesart aber werden, wenn man hinzunimmt, daß Bluhme bei seiner ersten Lesung nach dem „a" deutlich ein „c" und nach diesem c undeutlich einen Buchstaben noch erkannte, der wohl als „r" gelten könnte. Wäre dieß ein r wirklich gewesen, so fände sich lesbar Folgendes: falsi acrami ... Wäre nun aber endlich sogar das Zeichen, das nach Bluhme's neuesten Scheden sich über dem ersten „a" zeigt, schon von dem Abschreiber beigefügt, so dürfte vielleicht auch das „s" gefunden seyn, denn es könnte dieß Zeichen (∼) vielleicht ein nachgetragenes und wegen Beschränktheit des Raumes zwischen den Zeilen schief gelegtes „s" seyn. Es stände dann schon in dem noch erkennbaren Theile der Handschrift: falsisacrami**.

65) Daß eine Wettsumme nicht nothwendig an den die Wette Gewinnenden selbst fallen muß, darauf hat mit Recht Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 121. Not. 4 aufmerksam gemacht.

Schwurweihe", einer „Weihe des caput durch Schwören". Wäre uns nun Gaius unbekannt geblieben, so würden wir nach der Erklärung des Livius (Note 35) überall, wo von sacramento agere, contendere, interrogari in unsern Quellen die Rede wäre, das sacramentum in diesen Zusammensetzungen als „Weihe des caput durch iurare" aufzufassen haben, ganz wie sacramento obligari, teneri etc.

Findet sich nun aber bei Gaius Etwas, das uns nöthigt, diese Auffassung aufzugeben?

Ich beginne mit einer Uebersetzung der Stelle des Festus (§. 1.) in der Art, daß ich den nach Livius festgestellten Begriff des sacramentum ihr zu Grunde lege, nach welcher eben „sacramentum" = „Schwurweihe" ist. Sie würde hiernach zu übersetzen seyn:

> „Schwurweihe" bedeutet das Geld, das als Strafe gezahlt wird, sey es, daß Jemand durch Schwurweihe (eo) gefragt wird oder (sc. durch diese) gestritten wird; diese (sc. „Schwurweihe" in der zweiten Bedeutung als „Geld") betrug in einigen Fällen 500 asses u. s. w.

Schmidt[66]) hat diese Uebersetzung deßhalb nicht gelten lassen wollen, weil „quod in secundo articulo legitur pronomen demonstrativum (sc. „eo") non ad proximum sententiae subiectum sed ad praecedentis, puto contra linguam latinam, referatur". Daß aber diese Beziehung des „eo" auf „sacramentum", anstatt auf „aes", contra linguam latinam wäre, kann ich nicht zugeben und stütze mich dabei nicht auf meine Autorität, sondern auf die meiner philologischen Collegen. Wollte man es mit Schmidt auf das Wort „aes" beziehen, so würde, wie ich schon in meinem „Sacralen Schutz" (S. 173) erwähnt habe, Festus von einem „aere interrogari, aere contendere" reden, während wir doch keine andere Zusammensetzung kennen, als: „sacramento" contendere u. dergl. Daß aber dann Festus fortfährt: „id" (doch wohl „sacramentum"), und es nun nicht in der ursprünglichen, sondern in der abgeleiteten, eben erklärten Bedeutung gebraucht, hat nichts Auffallendes, da aus dem Zusammenhange ja auch an andern Orten allein zu erkennen ist, ob „sacramentum" in der einen oder andern ihm

---

[66]) In der Not. 10. cit. Schrift.

zukommenden Bedeutung zu nehmen ist. Wir haben in unserer eigenen Sprache Beispiele der Art genug. Ich habe schon an einem andern Orte[67]) das Wort „Miethe" beispielsweise angeführt und es könnten diese Beispiele vielfach vermehrt werden. Ein recht schlagendes Beispiel giebt das Wort „Geleite", bei dem im Schwabenspiegel[68]) in einem und demselben Capitel ohne irgend weitere Andeutung das Wort in beiderlei Bedeutung als „Schutz" und als „Leistung für zu gewährenden Schutz" gebraucht wird, und nur der Zusammenhang ergiebt, an welcher Stelle es die eine und an welcher es die andere hat.

Wenn es nun aber richtig ist, daß dieses Geld nicht von jeher „Schwurweihe" oder „sacramentum" hieß, so erklärt sich dieß auch ziemlich natürlich nach meiner Auffassung des Verhältnisses. Es war vorher eben ein piamentum wie unzählige andere, die eben auch keinen besondern Namen hatten; es erhielt den besondern Namen erst, als es eine constante Höhe und Verwendung erhielt, gerade so, wie das Geld für das Geleite recht gut auch früher eine andre allgemeinere Bezeichnung, z. B. Strafgeld oder dergl., gehabt haben könnte. Jedes piamentum war aber im Sinne der Römer auch eine poena und so genügte es vollständig, es als poena sacramenti zu bezeichnen (Not. 43).

Wie hätte nun Gaius bei der sicher den Römern völlig geläufigen doppelten Bedeutung des Wortes sacramentum Bedenken tragen können, dasselbe bald in der einen, bald in der andern zu gebrauchen, wo für die Römer eben so wenig ein Mißverständniß zu fürchten war, als für uns bei dem Worte „Geleite"? Würde es für uns etwas Unklares oder Zweideutiges haben, wenn Jemand sagte: „die Höhe des Geleites war so und so viel Thaler, wenn es (id) ein Fürst gewährte", oder Aehnliches? Wir würden, ganz so wie Gaius von „L assibus

---

[67]) Danz a. a. O. S. 174. Not. 12.

[68]) C. 167. „Von geleite. Ein ieglich man ist geleites (hier = guidagium, Geleitsgeld) fri, wil er sich sines gutes genenden (wagen). Swelich herre een andern in sin geleite (hier = conductus) nimt, er gebe im dar umbe oder niht, er sol im ze rehte gelten, swaz im genomen wirt in sinem geleite". — Eben so im Sachsenspiegel II. 27. „Und mit Recht sey er geleites frey, wo er seinen leib und sein gut wagen will. Wem er aber geleit gibt der soll jn vor schaden bewaren, binnem seinem geleit oder er soll jm den schaden gelten".

sacramento contendere" spricht, sagen können, wenn z. B. für verschiedene Waaren eine verschiedene Summe des Geleites gegeben werden müßte: „der Regent gewährte ihm das Zwei- oder Vier-Thaler-Geleite", und es würde Niemand einfallen, daß aus dieser Redeweise zu entnehmen sey, der Ausdruck „Geleite" habe nur die Summe desselben, nicht aber auch den dafür gewährten Schutz bedeutet.

Nach dieser Auffassung würde die Darstellung der sacramenti actio bei Gaius sich in Umschreibung folgendermaßen ausnehmen:

„Die Klage durch einen freiwilligen Eid mit Selbstweihe (sacramentum) war eine ganz generelle und überall anwendbar, wo nicht ein anderes Verfahren gesetzlich vorgeschrieben war. Bei ihrer Anstellung waren aber beide Theile eben so gefährdet, wie bei der actio certae creditae pecuniae der Beklagte wegen der sponsio und der Kläger wegen der restipulatio, indem der im Processe Unterliegende bei beiden Klagen eine Summe Geldes verlor, nämlich bei der sacramenti actio die poena für sein falsum iurare, bei der actio certae creditae pecuniae dagegen in Folge der sponsio oder restipulatio. Die Straffumme für das falsum iurare, das sacramentum = piamentum falsi sacramenti, betrug eine durch die zwölf Tafeln festgesetzte Summe".

Die Form des Verfahrens beim sacramento agere war aber bei actiones in personam und actiones in rem in gewissen Abschnitten des Processes eine verschiedene. Was aber unmittelbar nach dem sacramento provocare folgte, war wieder, wie Gaius ausdrücklich sagt, bei beiden gleich.

Bleiben wir einstweilen hierbei stehen, so fragt sich: Was kann und muß nach dem sacramento provocare gefolgt seyn, was bei dinglichen und persönlichen Klagen gleich war? Schwerlich doch etwas Anderes, als daß der provocatio Folge geleistet wurde. Worin bestand dieses? Diejenigen, die in dem sacramento provocare ein provocare zu einer Proceßwette, ad sacramentum, sehen, können kaum etwas Anderes annehmen, als daß nunmehr entweder die Proceßwette von beiden Theilen eingegangen oder die summa sacramenti in sacro deponirt wurde. Beides scheint mir höchst unwahrscheinlich. Das erstere deßhalb, weil dann die poena sacramenti nicht falsi .. nomine (— oder wie man sonst irgend das „falsi" erklären will —), sondern propter

sponsionem oder pactionem verfallen wäre; das letztere aber scheint mir unwahrscheinlich deßhalb, weil dann entweder das in sacro deponere des sacramentum den Gang des Processes in iure völlig unterbrochen hätte[69]) oder, um die provocatio ad deponendum sacramentum einigermaßen sogleich zu erfüllen, irgend eine Sicherheit hätte geleistet werden müssen, durch praedes sacramenti oder dergleichen, wodurch eine nicht minder fremdartige Verhandlung mit Dritten sich zwischen die Verhandlungen der Parteien eingeschoben hätte.

Nimmt man dagegen mit mir an, daß das sacramentum beim sacramento contendere oder agere ein iurare (durch Selbstweihe) gewesen sey, so erfolgte nun, sowohl bei persönlichen als dinglichen Klagen, das Beschwören der Rechtsbehauptung und der gegnerischen Negation derselben von beiden Theilen sofort in iure, und der provocatio war durch dieses iurare schon in iure völlig Genüge geleistet, ohne daß dadurch das agere in gesetzten Worten unterbrochen zu werden brauchte, da nichts zu der Rechtsbehauptung hinzukam, als die Schwurformel. Das deponere in sacro war nun zwar ebenfalls nothwendig, aber konnte später nach dem Schlusse der Parteiverhandlungen geschehen, wie ja auch im spätern Verfahren der Prätor sich die praedes sacramenti sogar erst nach dem Vindicienproceß bestellen ließ und jedes Falls nach der litis contestatio[70]).

Hieraus erklären sich auch dann die Ausdrücke sacramento interrogari, quaerere und contendere sehr einfach. Sie scheinen mir ganz dasselbe, nur von verschiedenen Seiten der Betrachtung aus, zu bedeuten. Nämlich sacramento quaerit der Kläger, sacramento interrogatur der Beklagte und sacramento contenditur von beiden Theilen, wenn nämlich auch der Beklagte seine Gegenbehauptung beschworen hatte. Es erklärt sich durch diese Auffassung auch der Umstand, daß Festus, obgleich er von sacramento interrogari und von sacramento contendere spricht, doch nur beim contendere eine bestimmte Summe erwähnt, die als Strafe verfällt. Es ist dieß nach der von mir gegebenen Erklärnng denn auch ganz richtig, weil nur dann, wenn es zum contendere wirklich gekommen war, d. h.

---

69) Vergl. auch Keller a. a. O. S. 49. Not. 196.
70) Gai. IV. 16.

beide Theile geschworen hatten, die Sacramentssumme als piamentum verfiel. Wenn der sacramento interrogatus nicht gegenschwur, so war eben von einer poena falsi sacramenti keine Rede.

Wenn nun beide Theile geschworen hatten [71]), so mußte in sacraler Auffassung ein falsum iurare vorliegen, in rechtlicher Beziehung ein iniustum, denn es war etwas Widerrechtliches beschworen, der Eid, d. h. das eidlich Behauptete, widerstritt dem Rechte [72]). Dieß allein hatten die Richter zu constatiren, weßhalb sie auch nicht condemnant, sondern nur iudicant oder pronuntiant [73]).

IV. Inhalt der lex Papiria.

§. 5.

1. Sacramenta exigere, iudicare.

Nach der in den vorhergehenden Paragraphen versuchten Feststellung der doppelten Bedeutung des Wortes sacramentum beim sacramento contendere, wird sich der Inhalt der lex Papiria feststellen lassen und vielleicht auch annähernd die Zeit ihrer Entstehung.

Das Gesetz, so weit es uns von Festus mitgetheilt wird, enthält zunächst ganz im Allgemeinen betrachtet zwei Bestimmungen, nämlich

1) daß für die Zukunft der praetor urbanus durch das Volk Tres viri capitales wählen lassen soll („Quicunque Praetor posthac factus erit, qui inter cives ius dicet, tres viros Capitales populum rogato"), und dann

---

[71]) Hatte nur der Kläger geschworen, Beklagter aber nicht, so addicirte der Magistrat bei der vindicatio; bei der actio in personam galt das sacramentum des Klägers in demselben Falle als iustum. Danz a. a. O. S. 202. Not. 2. Hierher kann auch die ganz allgemeine Aeußerung bei Dion. II. 75 bezogen werden, daß, wenn über einen Vertrag ein Streit entstanden sey, dieser sogleich entschieden gewesen wäre, wenn eine von beiden Parteien geschworen habe.

[72]) Cic. pro Caec. 33. „Cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem iniecisset, non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Arretinis adempta civitas esset . ."

[73]) Cic. l. c. — Arnob. adv. gent. IV. p. 361. (ed. Hildebrand). „sacramenta conetur pronuntiare non iusta".

2) daß diese Tresviri capitales bestimmte Geschäfte hinsichtlich der Sacramentssummen vornehmen sollen. („Hique tres viri capitales quicunque posthac facti erunt, sacramenta exigunto, iudicantoque, eodemque iure sunto, uti ex legibus, plebeique scitis exigere, iudicareque, esseque oportet“.)

Der Theil des Gesetzes sub 1 bedarf einer besondern Erklärung nicht. Nur wird es dahingestellt bleiben müssen, ob durch diese lex die schon vorher vorhandenen Tresviri capitales seit der lex Papiria der Praetor urbanus rogirte, während diese rogatio früher ein andrer Magistrat vorzunehmen hatte, oder ob durch diese lex nichts Neues weiter eingeführt wurde, als ein neuer Geschäftskreis der schon vorher durch den Praetor urbanus creirten Tresviri capitales (§. 7). Der Inhalt der Bestimmung sub 2 wird bei der einen oder andern Annahme völlig derselbe bleiben.

Prüfen wir nun diesen zweiten Theil des Gesetzes zunächst nach seiner grammatischen Seite, so sind dreierlei Weisen möglich, diese Worte zu construiren, nämlich

1) die Tresviri capitales sollen
   a) exigere sacramenta,
   b) iudicare und
   c) es soll Etwas eodem iure esse, uti ex legibus ... esse oportet.

So scheint Lange[74]) zu construiren, obgleich er sich über das „eodem iure esse“ nicht ausspricht. Er sagt: „Kraft der lex Papiria lag ihnen“ (den tresviri capitales) „die Eintreibung der bei den Processen verfallenen Succumbenzgelder (sacramenta exigere) und die Ausübung einer Art von richterlicher Thätigkeit ob, die Festus in seinem Berichte über das Gesetz etwas unbestimmt durch iudicare bezeichnet, wie ihnen auch sonst iudicium beigelegt wird. (Varro de L. L. IX. 85.)“[75])

Man könnte vielleicht dieser Auffassung Lange's beistimmen, wenn sich wirklich bei Festus nur „ein Bericht über dieses Gesetz“ fände. Allein die Stelle enthält die Worte des

[74]) Lange, Röm. Alterth. Bd. I. S. 652.

[75]) Diese Stelle lautet in ihrem hierher gehörigen Theile: „ . . quom dicimus iudicium fuisse triumvirum, decemvirum, non triumvirorum, decemvirorum“. — Ob auch Becker a. a. O. II. 2. S. 361 in dem exigere und iudicare eine eigentliche Gerichtsbarkeit sieht, und welche, ist nicht ganz klar.

Gesetzes selbst. Es würde also nicht Festus die Ausübung „einer Art richterlicher Thätigkeit" durch den Ausdruck iudicare „etwas unbestimmt" bezeichnen, sondern das Gesetz selbst würde unbestimmt sprechen. Man wird aber keines Falls annehmen können, daß in einem römischen Gesetze die Befugniß eines Magistrats, eine richterliche Thätigkeit auszuüben, einfach durch das Wort „iudicanto" wirklich „etwas unbestimmt" gewährt seyn sollte, ohne irgend welche nähere Angabe des Objects und des Umfangs dieses „iudicare". Ich glaube, aus diesem Grunde ist Lange's Erklärung nicht zu billigen.

Obgleich er sich über das „eodem iure esse etc." nicht ausspricht, so kann man doch wohl mit Gewißheit annehmen, daß er es wenigstens auf „sacramenta" nicht bezieht, also jedes Falls zu denen gerechnet werden muß, die wie sub 1 angegeben ist, construiren.

2) Die Tresviri capitales sollen,

a) die sacramenta sowohl exigere, als auch sacramenta iudicare

b) und aliquid eodem iure esse etc.

Zu denen, die auf diese Weise construiren, gehören Huschke[76]), der aber darauf nicht näher eingeht, worin dieses „sacramenta iudicare" bestanden habe. Ferner Rudorff[77]). Seine Worte sind: „Entweder wurde diese Succumbenzstrafe als ein Depositum Pignus im Heiligthume (ad pontem) hinterlegt, oder sie wurde ohne besondere Verpflichtung der Partei durch Praedes sacramenti dem Prätor gewährleistet und das verfallene Sacramentum durch die Triumviri capitales nach prädiatorischem Rechte eingezogen, wobei dann über den Verfall mit dem Aerar von Neuem Streit entstehen konnte". Mir scheint der letzte Satz Rudorff's seine Erklärung des „iudicanto" zu enthalten. Ist dieß der Fall, so muß ich mich gegen diese Auffassung erklären, und zwar aus folgendem Grunde: War entschieden, wessen sacramentum iniustum war, so war dessen sacramentum verfallen. Sollte nun der, dessen sacramentum auf diese Weise verfallen war, noch einmal mit dem Aerar darüber streiten dürfen, ob sein sacra-

---

[76]) Huschke, Incert. auct. p. 108. „Sacramenta exigendi iudicandique munus postea demum speciali lege his triumviris data est . . ."

[77]) Röm. Rechtsgesch. Bd. II. §. 21. Not. 4.

mentum mit Recht als iustum oder iniustum pronuntiirt, d. h. verfallen oder nicht verfallen sey? Wenn nun bei diesem Streite ein anderes Resultat sich ergeben hätte, als beim ersten, so konnte ihm das Aerar doch sicher nicht ein sacramentum abfordern und es hätte in diesem Falle, trotz des voraufgegangenen Processes, das Aerar gar kein Sacrament erhalten. Mag man nun aber in dem sacramentum sehen, was man will, das Resultat darf keines Falls herauskommen, daß überhaupt gar kein sacramentum gezahlt wird.

In gleicher Weise, wie die beiden Genannten, construirt aber auch Becker[78]) nach Niebuhr's[79]) Vorgange, Beide freilich ohne sich näher auf die Bedeutung des „iudicare" einzulassen.

Möglich wäre nun aber auch noch

3) folgende Construction: die Tresviri capitales sacramenta exigunto, sacramenta iudicanto und die sacramenta sunto eodem iure etc.; so daß also auch bei den zwei letzten Verbis (iudicare und esse) zu suppliren wäre das Wort „sacramenta".

Ich halte diese letzte Art der Construction, so auffallend sie auch vielleicht für den ersten Blick scheint, für die allein richtige und will versuchen, dieß weiter auszuführen.

Daß das „exigunto" unserer Stelle zu sacramenta gehört und zwar in der Bedeutung von „beitreiben", darüber kann kein Zweifel seyn und ist dieß auch nie bezweifelt worden.

Nun folgt aber das „iudicanto" erst auf das „exigunto", und man wird aus dieser Reihenfolge der Worte wohl unzweifelhaft auch auf eine gleiche Reihenfolge in der Thätigkeit der Tresviri capitales schließen müssen[80]), so daß, vollständiger gesprochen, man dieß ausdrücken würde durch: Sacramenta exigunto, exacta (sc. sacramenta) iudicanto. Die lex Papiria setzt demnach

---

[78]) Handb. der röm. Alterth. II. 2. S. 359. Not. 897.

[79]) Röm. Geschichte. Thl. III. S. 480. Anm. 696.

[80]) Auch die Reihenfolge der Worte, die bei einem römischen Gesetze sicher nicht gleichgültig ist, scheint gegen Rudorff's Erklärung des „iudicanto" zu sprechen. Denn hätte die Frage von den Tresviri capitales aufgeworfen werden können: ob das sacramentum verfallen sey oder nicht, — so konnte von einem wirklichen, effectiven „exigere" erst gesprochen werden, nachdem hierüber ein Judicat vorlag; das Gesetz hätte dann lauten müssen: iudicanto, exigunto.

voraus, daß über den Verfall des sacramentum schon entschieden ist. Wer es schuldet und daß es geschuldet wird, steht schon fest. Das sacramentum war von beiden Theilen zugesichert und für den einen Theil auch verfallen, und es sollen die tresviri capitales dasselbe nun für das aerarium beitreiben.

Worüber haben sie also überhaupt noch zu judiciren? Die Höhe der summa sacramenti war durch die zwölf Tafeln also gesetzlich bestimmt; daß das sacramentum des Unterliegenden aber wirklich verfallen sey, war durch vorhergegangenes richterliches Urtheil festgestellt. Also: ob und was beizutreiben wäre, stand fest. Der einzige Zweifel, das einzig Unsichere konnte also in nichts weiter bestehen, als darin: ob das in Folge des exigere vom victus Geleistete (das exactum) wirklich auch in quali und quanto richtig geleistet sey, so daß also hier, wenn man den Gegenstand des Judicats concreter ausdrückt, durch das iudicare der Tresviri capitales entschieden werden sollte, ob das sacramentum nach Summe, Geldsorte und dergl. als richtig und vollständig eingezahlt zu befinden sey [81]). Daß aber ein Urtheil über die eingezahlte Geldsorte und dergl. nothwendig seyn konnte und wirklich auch nothwendig war, ergiebt sich theils von selbst bei dem Empfang jeder Geldzahlung, theils aber wird dieß recht klar durch eine Erzählung Cicero's [82]). Er erzählt: Prätoren und Volkstribunen seyen zur Zeit der Prätur des Gratidianus zusammengetreten, um einen gemeinschaftlichen Beschluß wegen des Münzfußes zu fassen. „Denn", sagt er wörtlich, „der Werth des Geldes schwankte damals so hin und her, daß Niemand mehr wußte, was er hatte".

Wenn nun der, dessen sacramentum verfallen war, die ver-

---

[81]) Cic. de off. II. 22. „non numero haec iudicantur, sed pondere". Id. de divin. II. 43. in Verr. I. 50. II. 1. Phil. III. 6. — Lex Servit. repet. 7. „Quos legerit, eos, patrem, tribum, cognomen iudicet". — Puchta a. a. O. §. 161. Not. g. sieht in dem iudicare „eine Zuweisung an den Fonds, aus dem die Kosten dieser oder jener Sacra bestritten werden". Allein theils würde dieß schwerlich in dem Gesetze einfach durch „iudicare" ausgedrückt seyn, theils aber würde eine solche Zuweisung für sacrale Zwecke wohl eher den pontifices zugestanden haben, als diesen Tresviri capitales. — Vergl. auch Marquardt a. a. O. Thl. IV. S. 172. 173.

[82]) Cic. de off. III. 20. — Mommsen, Gesch. des röm. Münzwesens. S. 388.

fallene Summe in Denaren, victoriati[83]) oder sonst wie zahlte und behauptete, nunmehr die schuldige Summe vollständig und dem Gesetze gemäß bezahlt zu haben, wer sollte darüber entscheiden? Unser Gesetz sagt: die Tresviri capitales sacramenta iudicanto[84]).

§. 6.

2. Eodemque iure sunto uti ex legibus esse oportet.

Der letzte Satz der lex Papiria lautet nach dem Referate des Festus:

„eodemque iure sunto, uti ex legibus, plebeique scitis exigere, iudicareque, esseque oportet".

Die Erklärung dieser dunkelsten Worte unseres Gesetzes haben meines Wissens nur Niebuhr und Becker[85]) unternommen, wobei Becker nur die Ansicht Niebuhr's durch eine weitere Conjectur zu stützen gesucht hat. Becker sagt nämlich: „Das ist offenbar, daß die Worte eodemque iure sunto ein paralleles Subject erfordern, und ohne solche Beziehung würden die Worte des Gesetzes gar keine bestimmte Bezeichnung des Zwecks des Triumvirats enthalten; wiewohl man auch so annehmen muß, daß andere Paragraphen seinen Geschäftskreis näher bestimmten". Er nimmt deßhalb mit Niebuhr an, daß die Quästoren in dem Gesetze genannt gewesen seyn müßten. Niebuhr schlug nämlich vor, zu schreiben: „uti . . . quaestores exigere iudicareque oportet", unter Berufung auf eine Bemerkung bei Varro[86]). Für noch wahrscheinlicher hält es aber Becker,

---

[83]) Plin. Hist. nat. XXXIII. 13. „In militari tamen stipendio semper denarius pro decem assibus detur". Id. XXXIII. 3. Volus. Maec. 45. „victoriatus nunc tantumdem valet, quantum quinarius olim". — Böckh, Metrol. Untersuchungen S. 425. Mommsen a. a. O. S. 379. Hultsch, Griech. und röm. Metrologie. S. 219. — Fr. 39. D. de solutt. (46, 3.) „Si soluturus pecuniam tibi tuo iussu signatam eam apud nummularium, quod probaretur, deposuerim".

[84]) Vergl. die Not. 70 cit. Stellen. — Müller ad Fest. p. 346 sagt etwas unbestimmt und unklar: „Poterant tresviri capitales ad sacramenta exigenda constitui, id est, ut noxiis hominibus necessitatem imponerent, sacramento de crimine contendendi".

[85]) Vergl. Not. 67. 68.

[86]) Varro de L. L. V. 81. „**Quaestores** a quaerendo, qui conquirerent publicas pecunias et maleficia quae triumviri capitales nunc con-

daß in der Stelle gestanden habe: „sacramenta exigunto iudicantoque, eodemque iure sunto, uti ex legibus plebeique scitis exigere iudicareque quaestores esseque oportet", oder „esseque quaestores (Q.) oportet".

Es läßt sich nicht leugnen, daß, wenn sonst kein Sinn in unsere Stelle zu bringen wäre, man vielleicht dadurch helfen könnte, daß man mit Becker bei einem der mehrmals vorkommenden „que" ein verloren gegangenes „Q" (i. e. Quaestores) supplirte.

Allein wenn es auch vollkommen angemessen seyn würde, in einem Gesetze zu bestimmen: Tresviri capitales sacramenta exigunto, iudicantoque uti exigere iudicareque ex legibus quaestores oportet, so kann ich doch nicht umhin, eine Bestimmung: Tresviri capitales eodem iure sunto uti ex legibus quaestores esse oportet, höchst ungewöhnlich und nach der Stelle des Varro (Note 86) geradezu unzulässig zu finden.

Varro sagt, dasjenige, was früher den Quästoren rücksichtlich bestimmter Geschäfte zugewiesen gewesen sey, das sey jetzt den triumviri capitales überwiesen. Man müßte also entweder annehmen, zwischen der Zeit der lex Papiria und der Zeit, von welcher Varro berichtet, hätten die tresviri capitales und zugleich die quaestores die sacramenta beizutreiben u. s. w. gehabt — denn sie sollen nach Becker's Conjectur dieselben Befugnisse haben, die die Quästoren noch haben (esse oportet)[87]), oder man muß annehmen, das Gesetz brauche das Präsens (esse oportet) ganz ungerechtfertigt für eine nicht mehr bestehende Befugniß der Quästoren. Endlich aber scheint mir eine gesetzliche Bestimmung über die Competenz eines Magistrats dahin lautend: „dieser Magistrat soll dieselben Befugnisse haben, die jener haben soll", um damit zu sagen: „der erste solle dieselben Rechte haben, die entweder ein andrer hat oder gehabt hat", eben so unrichtig gedacht, als ausgedrückt.

Meiner Meinung nach erhöht aus diesen Gründen schließlich die Niebuhr-Becker'sche Conjectur die Schwierigkeit der Stelle, statt sie zu heben.

---

quirunt; ab his postea, qui quaestionum iudicia exercent, Quaestores dicti".

[87]) Man würde hiernach eher erwarten, daß das Gesetz lautete: „uti ex legibus plebeique scitis sunt" statt „esse oportet".

Ehe ich zu dem Versuche übergehe, diese Worte anders zu erklären, möchte ich auf eine Sonderbarkeit unserer Gesetzesformel aufmerksam machen, die sicher nicht ganz zufällig ist. Ich meine die sonderbare und auffallende Wiederholung des „que“ in den Sätzen: iudicantoque eodemque iure sunto“ und dann „iudicareque, esseque oportet“. Sie scheint mir ziemlich deutlich darauf hinzuweisen, daß die Worte „exigere“ und „iudicare“ unter sich dem Gedanken nach enger verbunden sind, als mit dem darauf folgenden „esse“.

Ich will zunächst versuchen, aus meiner oben ausgeführten Ansicht über die Bedeutung des „sacramento contendere“ den Inhalt der Stelle zu erklären, und später auf die Frage übergehen, ob diese Erklärung auch grammatisch zulässig ist.

Nach unserer lex Papiria sollen die Tresviri capitales die Strafgelder (sacramenta) beitreiben und über deren Richtigkeit endgültig entscheiden, beides den Gesetzen und Plebisciten gemäß. Die richtig befundenen sacramenta haben sie dann an das aerarium abzuliefern. Für das Interesse des aerarium war hiermit vollständig genügend gesorgt. Wie stand es aber mit dem, dessen sacramentum auf diese Weise eingezogen war? Er hatte das Interesse, daß diese pecunia, die für ihn ein piamentum seyn sollte, auch wirklich die Wirkung eines piamentum für sein falsum iurare hätte[88]). Hinsichtlich der Größe und Art des piamentum war Alles geordnet durch die zwölf Tafeln (Gai. IV. 14). Wie aber diese Summe verwendet werden mußte, um wirklich den falsum iurans zu expiiren, war eine von der Größe des piamentum ganz getrennte Frage. Und doch war diese pecunia nur dann ein wirksames piamentum, wenn sie an den Gott kam, der durch des Schwörenden falsum iurare verletzt war[89]). Für ihn war also, „ut metu liberetur“, eine Be-

[88]) Cic. de legg. II. 15. „Publicus autem sacerdos, imprudentiam consilio expiatam, metu liberet“. Liv. VII. 3. „quum piaculorum magis conquisitio animos, quam corpora morbi afficerent, repetitum ex seniorum memoria dicitur, pestilentiam quondam clavo ab dictatore fixo sedatam“. Es würde ein ganz ähnliches Verhältniß seyn, wenn ein Katholik in Folge eines Gelübdes jährlich eine bestimmte Summe an eine Capelle zahlte und der Staat diese Einkünfte einzöge.

[89]) Cic. de harusp. resp. c. 10. „Audio, quibus diis violatis expiatio debetur“. — Val. Max II. 7. §. 7. „Ac ne inulta foret laesa gloria militaris, consul delicti omnis vindex punitus est. His (ut

stimmung offenbar unumgänglich nothwendig, daß das Geld, das als piamentum an das Aerar abgeliefert wurde, auch dieselbe Wirkung für ihn habe, als wenn es an den Gott gekommen wäre, der für ihn zu propitiari war, d. h. daß es dieselbe sühnende Wirkung haben solle, als sey es an den richtigen Gott, statt an das aerarium, geleistet. Wurde also propter aerarii inopiam jetzt das sacramentum anders verwendet, als es eigentlich verwendet werden sollte, so mußte eine Bestimmung getroffen seyn, daß es, auch wenn es an das aerarium fiele, doch jene sühnende Wirkung für den falsum iurans haben solle. Wurde dann später das sacramentum durch andere Personen beigetrieben und beurtheilt, als durch die früher damit beauftragten, so war es sicher geboten, auch in diesem neuen Gesetze auf jene frühere gesetzliche Bestimmung über die jetzt durch die tresviri capitales einzuziehenden sacramenta zurückzuweisen.

Gerade dieß Zurückweisen auf eine ältere Bestimmung der Art scheint mir in der lex Papiria durch jene Worte ausgedrückt zu sein. Es fragt sich nur, ist diese Erklärung grammatisch zulässig?

Es würde das Wort „sacramenta" bei exigere und iudicare der Accusativ, bei esse dagegen der Nominativ seyn. Derartige Constructionen sind aber in den uns erhaltenen Gesetzen nichts weniger, als selten. Es wird genügen, nur Ein recht auffallendes Beispiel dafür aus der Tabula Heracleensis lin. 72 anzuführen. Dort heißt es: „quo minus eis locis porticibusque populus utatur pateantve"[90]). Wie hier locis zu utatur unmittelbar gehört und loca zu pateant zu suppliren ist, eben so wenig auffallend ist es in unserer Stelle, wenn der Nominativ zu esse aus dem vorhergehenden Accusativ supplirt wird. Die fraglichen Worte würden hiernach paraphrasirt so lauten: „die tresviri capitales sollen die sacramenta beitreiben und über deren Richtigkeit befinden, wie sie dieselben nach Gesetz und Plebiscit beizutreiben und zu befinden haben; auch sollen diese sacramenta eodem iure seyn, d. h. ganz dieselbe sühnende

ita dicam) piaculis, Mars imperii nostri pater, ubi aliqua ex parte a tuis auspiciis degeneratum erat, numen tuum propitiabatur. — Siehe auch oben Note 55.

[90]) Haubold, Mon. leg. p. 115. 133. „quo minus ea rata sint .. pateant".

Wirkung haben, die sie nach Gesetz und Plebiscit haben sollen"[91]). Denn daß in den Gesetzen, durch welche das sacramentum dem aerarium zugewiesen wurde, sich eine Bestimmung der Art zur religiösen Beruhigung dessen gefunden haben wird, der durch sein Schwurgeld den beleidigten Gott zu sühnen hoffte, dem nunmehr durch das aerarium das Sühngeld entzogen wurde, ist nach den sacralen Anschauungen der Römer wohl kaum zu bezweifeln[92]).

§. 7.

V. Zeit der lex Papiria.

Ueber die Zeit, aus welcher unsere lex Papiria herrührt, gehen die Meinungen ziemlich weit auseinander. Becker[93]) setzt sie in das Jahr 465 u. c. und beruft sich hierfür auf eine Stelle aus der epitome des Livius[94]), nach welcher in diesem Jahre zum erstenmal Triumviri capitales gewählt worden seyen. Ist es nun aber richtig, daß der Ausdruck „sacramenta" für aes, quod poenae nomine penditur, erst zur Zeit der punischen Kriege aufkam, so kann das Gesetz, das diesen Ausdruck in jenem Sinne schon gebraucht, nicht vor dieser Zeit gegeben seyn. Allein noch sicherer kann man auf einen späteren Erlaß des Gesetzes aus dem Umstande schließen, auf den Bethmann-Hollweg[95]) besonders aufmerksam macht, daß das Gesetz den praetor urbanus bezeichnet (qui inter cives ius dicet) und also vor

---

[91]) Cic. ad Att. V. 21. „Ut ea syngrapha eodem iure esset, quo ceterae". — Eod. Lex de Thermens. l. 58—63. — Aes Salpens. c. 23. „idem ius eademque conditio esto, quae esset, si civitate mutatus . . . non esset". — Monum. Aphrodis. II. (Haubold, Mon. p. 160.) „*Τὸ δὲ τέμενος θεᾶς Ἀφροδίτης ἐν πόλει Πλαρασέων καὶ Ἀφροδεισιέων ἱερὸν ἔστιν ταυτῷ τῷ δικαίῳ, ταυτῇ δὲ δεισιδαιμονίᾳ, ᾧ δικαίῳ, καὶ δεισιδαιμονία τὸ Ἐφεσίας ἐστὶν ἐν Ἐφέσῳ.*" (Templum autem Deae Veneris in urbe Plarasensium et Aphrodisiensium sacrum eodem iure eademque religione [esto] quo iure [quaque religione] est Deae Ephesiae in Epheso.)

[92]) Gai. II. 55. „Quare omnino tam improba possessio . . . concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observantia fuit . ."

[93]) Handb. der röm. Alterth. Thl. II. Abth. 2. S. 359. Not. 896.

[94]) Liv. Epit. XI. „Triumviri capitales tunc primum creati sunt."

[95]) A. a. O. Bd. I. S. 129. Not. 9. — Es wird diese Annahme auch wesentlich unterstützt durch die Notiz des Pomponius in Fr. 2. §. 30. D. de

Einführung des praetor peregrinus nicht gegeben seyn kann. Rudorff[96]) setzt es in's Jahr 511, freilich durch das beigesetzte Fragzeichen andeutend, daß er selbst dieses Jahr für zweifelhaft hält.

Aus der von Bethmann-Hollweg angeführten Thatsache ergiebt sich nun zunächst so viel, daß durch unsere lex Papiria wohl nur den schon bestehenden Triumviri capitales ein ihnen bis dahin nicht zustehender Kreis von Geschäften (exigere und iudicare sacramenta) zugewiesen wurde. Denn wenn schon im Jahre 465 Triumviri capitales zum erstenmal gewählt wurden, wie nach der epitome des Livius wohl unbedenklich angenommen werden kann, so konnten diese damals nicht durch den praetor qui inter cives ius dicit gewählt werden und es muß diesen früher für andere Zwecke gewählten Beamten durch unsere lex Papiria erst später die Beitreibung der sacramenta zugewiesen worden seyn.

Es würde hiernach zunächst feststehen, daß die lex Papiria nicht vor den Jahren 507—511 u. c. gegeben seyn kann[97]). Ist es aber die Bedrängniß des aerarium gewesen, welche in Verbindung mit der sacrorum publicorum multitudo die Veranlassung gab, die sacramenta dem aerarium zuzuweisen, so werden auch die Gesetze (leges plebeique scita) über die sühnende Wirkung des an das aerarium fallenden sacramentum um dieselbe Zeit gegeben seyn müssen, d. h. um die Zeit während des ersten punischen Krieges oder kurz nach demselben. Unsere lex Papiria setzt aber diese leges plebeique scita schon als vorhanden voraus und es möchte daher die lex Papiria wohl eher später, als mit Rudorff um's Jahr 511 u. c., zu setzen seyn.

Daß vor der lex Papiria die Quästoren die Beitreibung der sacramenta zu besorgen hatten, unterliegt keinem Zweifel, eben so wenig aber auch, daß schon zu Varro's Zeit dieß Geschäft den Triumviri capitales zugewiesen war[98]). Der Kreis der Geschäfte der Quästoren wuchs aber seit dem zweiten puni-

O. I. (1, 2), daß nach Einführung der peregrinischen Prätur triumviri capitales constituti seyen, von deren Amtsbefugnissen freilich Pomponius nur hervorhebt, daß sie die custodia carceris gehabt hätten. (Vergl. hierzu Note 98.)

[96]) A. a. O. Thl. I. S. 104.

[97]) Becker a. a. O. II. 2. S. 183. Note 420.

[98]) Varro de L. L. V. 81. (vergl. Note 86.)

schen Kriege stetig, ohne daß bis auf Sulla ihre Zahl vermehrt wurde. Man mußte also daran denken, zeitraubende Geschäfte, die nicht nothwendig mit der Quästur verbunden waren, auf andere magistratus minores zu übertragen. Zu Geschäften der Art gehörte aber unzweifelhaft das sacramenta exigere und iudicare. Ich möchte daher annehmen, daß unsere lex Papiria in die Zeit zwischen Beginn des zweiten punischen Krieges und der Vermehrung der Zahl der Quästoren durch Sulla zu setzen wäre.

VI. Sacramento provocare.

§. 8.

1. Allgemeines.

War nun wirklich das sacramentum beim sacramento agere ein Eid, so entsteht die fernere Frage, in welchem Stadium des Processes durch lege agere dieser wirklich abgeleistet wurde.

Betrachten wir zunächst, was Gaius[99]) uns mittheilt, so ist der Gang seiner Darstellung des Verfahrens im Allgemeinen folgender:

Er beginnt (IV. 13. 14.) seine Darstellung

I. mit Erwähnung der allgemeinen Bestimmungen, die für actiones in personam und in rem gleichmäßig gelten, nämlich

1) daß die sacramenti actio eine generelle Klage gewesen sey, also überall gebraucht werden konnte, wo nicht gesetzlich eine besondere Ausnahme gemacht war;

2) daß die summa sacramenti je nach der Art und dem Werthe des Streitobjects eine verschieden bestimmte gewesen sey und

3) daß praedes sacramenti nomine praetori dabantur. — Er geht dann

II. in den unlesbaren Theilen der Paragraphen 14. 15 auf das Verfahren bei den in personam actiones näher ein, wie sich aus der Rückverweisung in §. 16 unzweifelhaft ergiebt[100]).

---

[99]) Gai. IV. 13—16.

[100]) Gai. IV. 16. „deinde eadem sequebantur quae cum in personam agebantur". — §. 13. „praedesque eo nomine praetori dabantur".

In diesen jetzt verlornen Paragraphen muß aber das Verfahren bis zur Festsetzung des Tages, an welchem die Parteien ad iudicem accipiundum venirent", gestanden haben. Dieß beweisen die lesbaren Schlußworte des §. 15. Eben so muß darin das sacramento provocare beider Theile erwähnt gewesen seyn, da dieses jenem eben erwähnten Schlußpunkt vorhergegangen gewesen seyn muß. Eben so muß aber auch dort erwähnt gewesen seyn, was nach dem provocare und in Folge desselben vorgenommen wurde, denn gerade hierauf bezieht sich Gaius zurück in den Worten: „deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur".

III. Für die Schilderung des Verfahrens bei den in rem actiones (IV..16) hebt Gaius nur das hervor, was diesen eigenthümlich war. Er führt dieses bis zu dem Punkte aus, in welchem in rem und in personam actiones wieder zusammentreffen. Dieser Punkt ist aber gerade das, was auf das sacramento provocare folgte.

Was war dieß nun, was auf das provocare sacramento folgte? Natürlich nichts Anderes, als daß der provocatio Folge geleistet wurde.

War das sacramento provocare Herausforderung zu einer Wette, so konnte es nichts Anderes seyn, als entweder die sofortige Deposition der Wettsumme, oder Versprechen und Gegenversprechen derselben. Daß die sofortige Deposition in sacro den Act des lege agere vollständig unterbrochen hätte, ist klar. Denn nur durch diese depositio in sacro würde wirklich der provocatio Folge geleistet und erst nach dieser könnte sich der Proceß in iure weiter entwickeln[101]). Gegen eine derartige Unterbrechung spricht aber der ganze Gang des Verfahrens (Note 117). War es aber Versprechen und Gegenversprechen (sponsio und restipulatio), sey es Versprechen der Wettsumme oder, wie Rudorff[102]) will, Bestellung einer Caution, immer würde aus dem Versprechen, da der Richterspruch über das sacramentum erfolgte, ein condemnare, nicht aber ein iudicare oder pronuntiare, cuius sacramentum aut iustum

---

101) Dieß muß gegen Bethmann-Hollweg's Annahme (S. 120) geltend gemacht werden.

102) Rudorff a. a. O. II. §. 21.

aut iniustum sit, folgen müssen. Der Unterliegende mußte dem Versprechen gemäß condemnirt werden, ganz wie bei der sponsio praeiudicialis, gleichviel ob schließlich das Object der Condemnation an eine der Parteien fällt (lucro cedit adversario) oder in publicum cedit oder endlich überhaupt gar nicht gezahlt wird (non exigitur).

Nimmt man aber an, das sacramentum, durch welches man den Gegner provocirte, sey wirklich ein assertorischer Eid gewesen und der des Gegners ebenfalls, so gestaltet sich das Verfahren höchst einfach. An die Stelle des bloßen: Aio hanc rem ex iure Quiritium meam esse tritt auf das provocare sacramento hin nunmehr nur ein: Iuro hanc rem meam esse ex iure Quiritium oder an die Stelle des: Aio te mihi X millia aeris dare oportere ein: Iuro te mihi etc.

Es bleibt hierbei nur noch übrig, etwas genauer zu prüfen, was „sacramento provocare“ bedeutet.

§. 9.

2. Provocare.

Der bekannte Streit darüber, ob sacramento provocare heiße: „durch sacramentum provociren“ oder „zum sacramentum provociren“, beruht schließlich darauf, ob das Wort „provocare“ [103]) schon ohne weiteren Zusatz eine technische Bedeutung hat oder nicht. Wäre das letztere der Fall, so müßte, wenn die von mir angenommene Bedeutung des „sacramento provocare“ richtig wäre, dabei supplirt werden: ad sacramentum, so daß es vollständig eigentlich heißen müßte: Sacramento te provoco ad sacramentum, d. h. dadurch, daß ich meine Behauptung beschwöre, fordere ich dich heraus, auch die deinige zu beschwören.

Ich glaube, es läßt sich nachweisen, daß dieß durch die Worte: sacramento te provoco ausgedrückt werden konnte und ausgedrückt wurde.

Daß in dem Worte „provocare“ — abgesehen von andern hier nicht in Betracht kommenden Bedeutungen — ein „Herausfordern“ liegt, ist unbestritten. Daß der Herausgeforderte auf die Herausforderung eingehe, wird man aber nur dann erwarten können und dürfen, wenn man sich erbietet, dasselbe zu thun,

[103]) Danz a. a. O. S. 163 ff.

wozu man den Andern herausfordert. Ein einfaches Fordern, daß ein Anderer etwas Bestimmtes thue, ohne jenes vorausgehende Anerbieten, dasselbe zu thun, würde dieser einfach zurückweisen[104]); es wäre dieß ein poscere, aber kein provocare. Die vollständige Formel einer Herausforderung würde immer den Gedanken Ausdruck geben müssen: „Indem ich mich erbiete, dieß zu thun, fordere ich dich heraus dasselbe zu thun." Es kann aber, wenn die Herausforderung in dieser Umständlichkeit nicht ausgedrückt werden soll, dieß völlig genügend auch dadurch ausgedrückt werden, daß ich nur mein Erbieten zu einer Handlung bezeichne und daran die einfache Herausforderung (provoco te) knüpfe, da es bei jeder Herausforderung selbstverständlich ist, daß sie auf das Gleiche geht, zu dem ich mich erbiete. Ganz in diesem Sinne findet sich daher in den meisten Formeln der Herausforderung bei den Römern auch nur diese eine Seite ausgedrückt: „Ich fordere dich durch diese Handlung heraus", ohne hinzuzufügen, auf was die Herausforderung gerichtet sey. Man fordert eben den Gegner zu dem Gleichen heraus[105]). Sacramento te provoco heißt hiernach: Ich fordere dich durch mein Schwören heraus, auch deiner Seits zu schwören.

Gesetzt nun, bei dieser Herausforderung schwört der Kläger wirklich, der Beklagte aber nicht, so tritt die Folge ein, die Dionys[106]) hervorhebt, daß, wenn bei einem Streite eine von beiden Parteien schwur, der Streit sogleich entschieden und beigelegt war. Es ergiebt aber diese Stelle bei Dionys nichts

---

[104]) Cic. de off. I. 15. „. . demus (sc. beneficia) nec ne, in nostra potestate est: non reddere viro bono licet, modo id facere possit sine iniuria".

[105]) So wird bei Plautus eine Herausforderung auf Laufen ausgedrückt im Epidic. V. 1. v. 57. „neque ille haud obiiciet mihi Pedibus sese provocatum". In derselben Auffassungsweise sagt Cicero de off. I. 15. „quid nam beneficio provocati (sc. ad beneficia reddenda) facere debemus? an imitari agros fertiles, qui multo plus efferunt, quam acceperunt"? — Id. de fin. I. 3. „Quamquam a te ipso id quidem facio provocatus gratissimo mihi libro (sc. ad librum scribendum) quem ad me de virtute misisti". — Daß bei der sponsio praeiudicialis (Gai. IV. 93.) dieß modificirt ist, beruht auf andern Gründen.

[106]) Dion. II. 75. — Danz a. a. O. S. 166. 167. — Was für das non contra vindicare gilt, galt gewiß auch für das non contra iurare. Gai. I. 134. „. . illo non contra vindicante [a] praetore vindicanti filius addicitur".

dafür, daß bei dieser Aeußerung nur an ein iusiurandum delatum oder relatum zu denken sey; es galt dieß eben so gut, wenn auch gleich Anfangs, ohne daß ihm der Eid erst referirt war, der Kläger seine eigene Behauptung beschwor und nur die andere Partei nicht gegenschwor, auch hier hatte nur „Eine von beiden Parteien" geschworen. Schwören aber beide Parteien, also auch der Beklagte, so muß das sacramentum Eines von Beiden, des Klägers oder Beklagten, ein „falsum" (nicht „periurium")[107]) seyn und muß als solches expiirt werden durch eine poena falsi sacramenti und zwar aut quingenariâ aut quinquagenariâ poenâ[108]). Als falsum erscheint es aber, wenn das Recht, das sich der Schwörende im guten Glauben beilegte und dessen Existenz er beschwor, ihm in Wahrheit nicht zustand, wenn es in diesem Sinne ein iniustum sacramentum war. Der Richter condemnirt daher auch nicht in die poena, die wegen des begangenen piaculum von selbst verfallen war, sondern judicirt oder pronuntiirt nur, daß das sacramentum iustum oder iniustum gewesen sey[109]). Er spricht daher wirklich in seinem iudicatum direct über die res ipsa ein Urtheil aus, nicht wie bei der sponsio praeiudicialis nur in den Gründen. (Cic. pro Caes. 33. „Sacramentum nostrum iustum iudicaverunt". Arnob. adv. gent. 4. „Sacramenta . . . pronuntiare non iusta.)[110]) Man konnte daher auch bei die-

---

[107]) Cic. de off. III. 29. „Non enim falsum iurare periurare est". Fr. 26. pr. D. de iureiur. (12, 2.)

[108]) Liv. XXV. 12. „Censuerunt patres . . . duodecim millia aeris praetori ad rem divinam et duas hostias maiores dandas". Es ist dieß eben die poena expiandi gratia pendenda. Fest. v. Subici (Note 43). Danz a. a. O. S. 170 ff.

[109]) Die hierfür angeführten Stellen sind: Cic. de orat. I. 10. pro Caec. 33. pro Mil. 27. pro domo 29. „si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent". — Arnob. adv. gent. 4. — Voigt, das ius naturale Bd. IV. 2. S. 24.

[110]) Stintzing a. a. O. S. 33 nimmt an: gleichwie man das ganze Verfahren nach dem Einen hervortretenden Moment, dem sacramentum, benannt habe, so habe man sich auch gewöhnt, den Ausfall der Streitsache selbst kurzweg nach dem Schicksale des Sacraments zu bezeichnen. Man kann dieß gewiß als möglich und zulässig zugeben, aber noch passender wird die Bezeichnung sacramentum iustum oder iniustum dann seyn, wenn man im sacramentum den Eid über das streitige Recht selbst sieht, indem dann durch

fer legis actio sacramenti mit Recht sagen: ipsam rem condemnat [111]).

Ich glaube, wir haben sogar in einer Rede Cicero's eine directe Andeutung davon, daß die Richter über das iustum oder iniustum, das in dem Schwur befunden wurde, sich aussprachen. In der Rede pro domo c. 29 (Note 109) will Cicero nachweisen, mit welcher Sorgfalt die Römer bedacht gewesen seyen, daß kein römischer Bürger wider seinen Willen seine Freiheit verlieren könne. Selbst ein Spruch der decemviri solle in diesem Falle nicht hindern, die von diesen bereits abgeurtheilte Sache nochmals gerichtlich durchzuführen (rem iudicatam referre). Wenn daher die Decemvirn das sacramentum dessen, der seine Freiheit behauptet habe, „iniustum iudicassent", so solle dennoch dieses Urtheil der Decemvirn noch einmal geprüft werden können. Wie drückt nun Cicero den Inhalt des ersten Urtheils der Decemvirn aus? Er sagt: si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent". Was soll nun „sacramentum in libertatem" heißen, wenn wirklich sacramentum hieße: Wettsumme, Succumbenzgeld oder dergleichen? — Ist dagegen sacramentum = iusiurandum, so erklärt sich Alles auf's Einfachste. Denn wie man unter Umständen sagen könnte: iudex iusiurandum in litem, in maiorem summam oder dergl. iniustum iudicavit", ganz so sagt Cicero, daß das sacramentum in libertatem als iniustum von den Decemvirn judicirt worden sey [112]), d. h. der reus hatte seine Freiheit durch sacramentum beschworen, die Decemvirn hatten geurtheilt, er habe seine Freiheit mit Unrecht beschworen.

§. 10.

3. Die Folgen des sacramento provocare.

Der Gang des Verfahrens, soweit er sich um das provocare sacramento dreht, wäre hiernach folgender gewesen:

---

diesen Ausdruck nicht blos „das Schicksal des Sacraments", sondern „das Schicksal des streitigen Rechts" unmittelbar und vollständig bezeichnet würde.

[111]) Gai. IV. 48.

[112]) Ganz gleich wird allerdings iurare „in rem" und „de re" z. B. gebraucht in Fr. 1. §. 3. D. quar. rerum act. (44, 5.) und man würde unbedenklich von einem „ius iurandum in libertatem" ganz so wie Cicero von einem „sacramentum in libertatem" reden können. Schwerlich würde es

1) Es kommt nicht zur provocatio. Contravindicirt bei rei vindicatio der Beklagte nicht, so wird die res dem Kläger addicirt [113]). Gesteht bei actiones in personam einfach der Beklagte den Inhalt der Klage zu, so ist er iure confessus und es treten die bekannten Wirkungen der in iure confessio ein.

2) Es kommt zur provocatio. Ist der Proceß bis zum sacramento quaerere durch die provocatio des Klägers vorgeschritten und der Beklagte hierdurch sacramento interrogatus (§. 4, a. E.), so muß er entweder durch seine Gegenprovocation den Proceß sistiren oder, wenn der Kläger seiner Seits nunmehr wirklich schwört, er dagegen sich zu schwören weigert, das sacramentum des Klägers als iustum anerkennen und dem vindicirenden Kläger die Sache vom Prätor addicirt oder bei Forderungen er als iure confessus behandelt werden [114]). Schwört dagegen der Kläger nicht, wohl aber der Beklagte, so wird zu Folge seiner contravindicatio dem Beklagten die Sache addicirt oder er seinem beschworenen negare gemäß absolvirt (Note 106). Provociren sich beide Theile zum Eide, so folgt bei actiones in rem und in personam dasselbe, d. h. beide müssen ihrem Erbieten Folge leisten [115]), denn jedem Handeln der Parteien geht eine Aufforderung dazu voraus, der stets die Handlung, zu der man aufgefordert war, folgen muß, wenn nicht gewisse Rechtsnachtheile eintreten sollen [116]). Die Folge der provocatio kann aber keines Falls die depositio in sacro gewesen seyn, die die

aber, wenn sacramentum = „Wettsumme" oder „Succumbenzgeld" wäre, richtig seyn, von einem „sacramentum in libertatem iniustum" zu reden, um damit zu bezeichnen, daß man eine „Wette über die Freiheit" verloren habe oder ein Succumbenzgeld zu erlegen hätte, weil man im Freiheitsprocesse unterlegen sey.

[113]) Von diesem Falle ist offenbar die Form der in iure cessio entlehnt, bei der nur der Vindicant contra veritatem das Eigenthum zu haben behauptet, das er noch nicht hat. Leist, Mancipation und Eigenthumstradition, S. 36 ff. Gai. II. 24.

[114]) Es galt hier ganz dasselbe, was später bei dem deferirten Eide galt: „Alterum itaque eligat reus: aut solvat, aut iuret; si non iurat, solvere cogendus est a Praetore" (Fr. 34. §. 1. D. de iureiur. (12, 2.). Es war in der legis actio sacramenti nur die Reihenfolge umgekehrt: aut iuret, aut solvat.

[115]) Gai. IV. 16. (Note 100.) Also vom provocare sacramento an eadem sequebantur, quae cum in personem ageretur.

[116]) Vergl. auch Carlowa, Beitr. zur Gesch. des röm. Civilproc. S. 17.

Verhandlungen in iure völlig unterbrochen hätte [117]). Denn wenn auch zur Zeit des Gaius von dieser Deposition nicht mehr die Rede war, so wird man dennoch wohl annehmen müssen, daß die Bestellung der praedes sacramenti wohl schwerlich in einem andern Stadium des Processes vorgenommen wurde, als die frühere depositio in sacro. Nach Gaius wird aber erst nach der Anordnung der vindiciae den Parteien aufgegeben, praedes sacramenti zu bestellen, d. h. nachdem das eigentliche lege agere der Parteien beendigt ist [118]). Ist aber, wie schwerlich bezweifelt werden kann, auf das provocare das gefolgt, wozu man provocirt hatte und provocirt worden war, so konnte, wenn diese Folge die Bestellung der Sacramentssumme gewesen wäre, von Gaius (IV. 16) nicht gesagt werden, auf die provocatio seyen eadem gefolgt, quae cum in personam ageretur. Die Bestellung der praedes sacramenti folgte erst nachher („postea"), während die „eadem, quae cum in personam ageretur sich un-

[117]) Nach Keller a. a. O. §. 13. folgte nach der provocatio sacramento „die Deposition oder Versicherung der Wettsumme und endlich die gegenseitige Aufforderung, vor den Decemvirn oder Centumvirn am bestimmten Tage zu erscheinen". Wäre dieß der Fall gewesen, so wäre die Handlung in iure völlig unterbrochen worden und es würde das, was Keller a. a. O. Note 196 gegen Stintzing einwendet, mit gleichem Rechte gegen ihn selbst eingewendet werden können. Stintzing a. a. O. S. 7 hatte behauptet, die Deposition oder das Versprechen der Sacramentssumme sey während resp. mittelst des provocare geschehen. Hiergegen wendet Keller ein: „Geld zahlen, zählen, verificiren, annehmen will in solenne Rede nicht passen". Ganz dasselbe kann gegen Keller's eigene Ansicht eingewendet werden. — Ist dagegen das richtig, daß alles zur Zahlung (resp. Deposition) der Sacramentssumme Gehörige nach der lex Papiria (Note 81) den Tresviri capitales zugewiesen war, so gingen die von Keller aufgezählten Vorgänge gar nicht in iure vor sich. Jede von beiden Parteien schuldete bedingt schon durch die bloße Ableistung des Eides allerdings die Lösungssumme, aber Sicherstellung und schließliche Zahlung derselben brauchte mit dem lege agere so wenig verbunden zu seyn, wie das vindicias dicere und Bestellnng der praedes litis et vindiciarum.

[118]) Daß das eigentliche „lege agere" mit der Ableistung des Eides in Folge der provocatio seinen Abschluß fand, ist wohl nicht zu bezweifeln, denn bei allen noch übrigen Vorgängen in iure handelt entweder der Prätor allein, wie beim vindicias dicere, oder die Parteien nehmen die Thätigkeit anderer, gar nicht beim Streite betheiligter Personen in Anspruch, wie bei der litis contestatio, der depositio oder Zusicherung der Sacramentssumme und der lis et vindiciae durch praedes.

mittelbar („deinde") an die provocatio anschlossen. Mußte also dem provocare unmittelbar Folge geleistet werden, so kann diese Folge nicht die Bestellung der praedes sacramenti oder depositio in sacro gewesen seyn, denn sie folgte nicht „deinde", sondern „postea", erst nach dem „deinde" Vorgenommenen.

Fassen wir die Resultate der bisherigen Untersuchung zusammen, so ergiebt sich Folgendes:

1) Bis auf die Zeit der punischen Kriege hatte das Wort „sacramentum" nur eine einzige Bedeutung, nämlich die einer besondern Art des Eides, eines Eides mit Weihe des caput (iusiurandum sacratione interposita iuratum).

2) War dieses sacramentum ein falsum, d. h. war es zwar unrichtig, aber sine fraude unrichtig abgeleistet, so mußte derjenige, der falsum sacramentum iuravit, durch ein piamentum expiirt werden, wenn er nicht exsecrirt seyn wollte.

3) Dieses piamentum hatte so lange keinen besondern Namen, als es ganz wie alle übrigen piamenta verwendet wurde. Es erhielt aber das „in litibus" vorkommende piamentum wegen eines falsum sacramentum einen besondern Namen, seit es anders verwendet wurde, als die übrigen piamenta, d. h. statt an den zu sühnenden Gott abgewährt zu werden, an das aerarium fiel. Von da an hieß dieses piamentum selbst „sacramentum".

4) Wo also vor dieser Zeit von „sacramentum" in unsern Quellen gesprochen wird, kann darunter nur ein iusiurandum sacratione interposita iuratum verstanden werden. Da aber „sacramenti actio" und „sacramento contendere" entschieden schon zur Zeit der zwölf Tafeln technische Ausdrücke waren, also vor der Ausdehnung der Bedeutung des Wortes, so muß bei „sacramenti actio" und „sacramento contendere" es ebenfalls die Bedeutung von Eid gehabt haben. Da aber endlich

5) bei dem „sacramento contendere" das „sacramento provocare" nothwendig vorgekommen seyn muß, so muß dieß ebenfalls eine Aufforderung durch Eid zum Eide gewesen seyn.

Nachtrag.

Nachdem ich schon die vorstehende Abhandlung zur Aufnahme eingesendet hatte, kam mir durch Rudorff's Güte eine so interessante Notiz zu, daß ich nicht umhin kann, dieselbe noch nachträglich zu besprechen[119]). Es verbreitet sich die in Note 119 citirte Schrift Rudorff's über uralte, von der Veroneser Handschrift unabhängige Gaiusexcerpte im Pseudo-Philoxenus. Unter diesen Glossen findet sich: „falsidicus ψευδολόγος", und Rudorff hat (S. 342. 350. 362.) die vielbesprochene Stelle bei Gai. IV. 13, in welcher hinter dem Worte „falsi" eine Anzahl Buchstaben im Veroneser Codex unlesbar sind, ergänzt durch: „falsidicis". Er sagt dabei selbst (S. 342): „Falsiloquis, wie Savigny vorschlug, scheint zwar äußerlich noch besser in die Lücke zu passen, es ist aber spätlateinisch und entbehrt der bestimmten Beziehung auf die Rechtsbehauptung". Was hier gegen Savigny's Vorschlag gesagt ist, mit Ausnahme des Satzes, daß dieß Wort äußerlich noch besser in die Lücke passen würde, scheint mir ganz zutreffend.

Für das von mir in der vorstehenden Abhandlung Ausgeführte werfen sich bei Rudorff's Ergänzung des lückenhaften „falsi" durch „falsidicis" zwei Fragen auf. Die erste ist die, ob das „falsidicus" unserer Glosse als Ergänzung der Stelle bei Gai. IV. 13 aufgefaßt werden kann und muß. Die zweite würde dann die seyn, ob das in der vorstehenden Abhandlung von mir als richtig Angenommene durch die von Rudorff vorgeschlagene Ergänzung (falsidicis) eine Aenderung erleiden würde.

Bei Beantwortung der ersten Frage entsteht mir ein Bedenken gegen Rudorff's Annahme aus der Form unserer Glossen selbst. Sie erklären das Wort fast durchgängig ganz so, wie es nach casus, tempus, modus etc. im Texte selbst steht[120]). Man

---

119) Die Abhandlung Rudorff's aus den Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Berlin führt den Titel: Ueber die lexicalen Excerpte aus den Institutionen des Gaius v. A. F. Rudorff. Berlin 1866.

120) Als Beispiele hierfür führe ich an: Adoptionem, υἱοθεσίαν und gleich darauf: Adoptio, υἱοθεσία; condicit, συντάσσεται, darauf condico, συντάσσομαι μετὰ παρραγγελίας; exceptis, ὑπεξηρημένων; Fictione, πλάσει; Impensas, ἀναλώματα; Litigatoribus, τοῖς δικαζομένοις; Locationibus, μισθώσεσιν; Latorem, εἰσηγητήν; Restipulatio, ἀνθορισμός und gleich darauf: Restipulationem, ἀνθορισμόν etc. Allerdings

würde daher auch zunächst erwarten, daß „falsidicis" und nicht „falsidicus" erklärt würde, also nicht „ψευδολόγος", sondern „ψευδολόγοις". Man wird daher wohl zunächst annehmen müssen, daß im Texte selbst der Nominativ „falsidicus" in irgend einer uns jetzt unlesbaren Stelle des Textes gestanden hat.

Dazu kommt aber ferner, daß Göschen's und Bluhme's Scheden, wie dieselben uns in Böcking's codicis Veronensis apographum vorliegen, ein zu ergänzendes „ . . . dicis" wohl unzweifelhaft ausschließen. (Vgl. oben Note 64.) Es würde daher „falsidicis" wohl als eine Variante des Textes des Gaius angesehen werden müssen.

Gesetzt aber, um auf die Beantwortung der zweiten Frage überzugehen, die Lesart „falsidicis" sey bei Gai. IV. 13 richtig, so scheint mir, selbst bei dieser Annahme, das von mir Ausgeführte nicht berührt zu werden. Denn es konnte sich Gaius vollständig begnügen, zu sagen, daß die falsidici die poena sacramenti treffe, da er vorher gesagt hatte, es sey dieß eine Folge des sacramento agere. Es war damit schon von selbst der Gedanke ausgeschlossen, daß das bloße falsum dicere die poena sacramenti nach sich ziehe. Ich muß aber, um dieß zu zeigen, auf den Zusammenhang der beiden vielbesprochenen Stellen des Festus näher eingehen, welche Stellen und namentlich eben den Zusammenhang beider man in ihrer Bedeutung völlig unterschätzt hat.

Festus spricht über die Bedeutung des Wortes sacramentum an zwei nahe bei einander stehenden Stellen [121]). In der ersten (Fest. v. Sacramento) spricht er von der Bedeutung des Ablativ's, sacramento, wenn dieser mit einem Zeitworte des Handelns (agere) verbunden werde [122]). Für diese Verbin-

---

scheint aber auch an andern Stellen dieß nicht genau eingehalten, wie z. B. bei remancipo etc., wenn man nicht auch bei diesen annehmen will, daß sie sich gerade in dieser Form an einer uns jetzt unlesbaren Stelle gefunden haben.

[121]) Ich wiederhole die beiden schon oben abgedruckten Stellen, so weit sie hier in Betracht kommen, der Bequemlichkeit wegen noch einmal: Fest. v. **Sacramento.** „Sacramento dicitur quod iurisiurandi sacratione interposita actum est. unde quis sacramento dicitur interrogari . . ." Fest. v. **Sacramentum.** „Sacramentum, aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo (sc. sacramento) quis interrogatur, sive contenditur. id (sc. sacramentum) in aliis rebus quinquaginta assium est . . ."

[122]) Solche Erklärungen des adverbialen Ablativs kommen bei Festus

dung und die Bedeutung des Ablativs in dieser Verbindung führt er nur zwei Beispiele an: sacramento interrogari und sacramento tradere, die durch unzählige andere leicht hätten vermehrt werden können. Er sagt, der Ablativ sacramento, in dieser Verbindung mit einem agere, bedeute: Jedes Handeln iurisiurandi sacratione interposita. Wo wir es also im Ablativ (also wesentlich adverbialiter) in dieser Verbindung finden, können wir als völlig gleich an dessen Stelle die Worte setzen: iurisiurandi sacratione interposita, also „Sacramento interrogari“ = iurisiurandi sacratione interposita interrogari.

In der zweiten Stelle (Fest. v. Sacramentum) sagt er, das Wort „sacramentum“ habe, wenn Jemand „eo interrogatur“, die Bedeutung eines aes, quod poenae nomine penditur. Widersprechen sich nun diese beiden, kaum durch den Raum einer Seite getrennten, Stellen oder nicht? Denn Festus würde in der einen Stelle sagen: sacramento interrogari sey gleich: iurisiurandi sacratione interposita interrogari, und in der andern: sacramento interrogari sey nicht gleich: iurisiurandi sacratione interposita interrogari. Wenn man aber auf den Ablativ, sacramento, in der ersten Stelle den Nachdruck legt, so vereinigen sich beide Stellen auf's Einfachste, wenn man sie in folgender Weise paraphrasirt: Sacramento aliquid agere, gerere wird adverbialiter gebraucht und heißt überall iurisiurandi sacratione interposita aliquid agere; dagegen das Substantivum „sacramentum“ hat außer seiner gewöhnlichen Bedeutung in zwei Fällen auch die eines aes quod poenae nomine penditur, nämlich in den Fällen, wenn sacramento interrogatur oder sacramento contenditur, d. h. wenn durch Eid gefragt oder gestritten wird. Ganz so wie in den beiden Stellen „sacramento“ in adverbialer Bedeutung und „sacramentum“ in substantivischer sich gegenüberstehen, so stehen in der zweiten Stelle das „eo“ und das „id“ in demselben Gegensatze, der für einen Römer sofort erkennbar war.

Ist nun aber alles sacramento agere (agere hier im weitesten Sinne genommen) ein eidliches Handeln, so ist es auch das bei Gai. IV. 13 erwähnte. Wenn daher hier Gaius sagte:

ist nicht geringer Zahl vor. Vergl. hierüber: Danz, Jahrb. des gem. deutschen Rechts. Bd. V. S. 91. Note 15. Mommsen, ebendas. Bd. VI. S. 390. Note 1.

den falsidicus treffe bei diesem sacramento agere oder contendere eine Strafe, so konnte sie ihn nur treffen, wenn er falsum iuravit. Denn war überhaupt sacramento contendirt, so mußte sein falsum dictum jedesmal auch ein beschworenes seyn, da dem Urtheil eben der Eid über die Behauptung, über das dictum vorausging. In Beziehung auf das „Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris" und das bei Probus ersichtliche: „Aio te mihi dare oportere" würde das falsidicis sogar eine noch bestimmtere Beziehung erhalten. Nur würden mir dadurch die Bedenken nicht gehoben, die mir aus den Zügen der Scheden von Göschen und Bluhme entgegenzustehen scheinen.

Anmerkung.

Den Bedenken des Herrn Verfassers gegen falsidicus dürften zwei Gegengründe entgegentreten: 1) Das Gesetz der Lexica, die Gaiuswörter in gleichem Genus, Numerus und Casus aufzunehmen ist keineswegs ausschließlich befolgt, ich habe es nur deshalb besonders betont, weil sich an ihm der Ursprung am sichersten erkennen ließ. So ist z. B. aus Gai. 3, 146 si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille u. s. w. zwar integri *ἀκεραίου (ἀκέραιοι)* und debilitati *παρειμένοι* unverändert aufgenommen, dagegen gladiator *μονομάχος*, *ξιφήρης* und sudor *ἱδρώς* in den Nominativ des Singulars umgesetzt worden. 2) Das Wort falsidicus wird zwar nicht, wie ich aus Versehen angegeben habe, durch das Pariser, dagegen durch zwei verschiedene Glossen des Laoner Glossars, *ψευδολόγος* und *πλαστολόγος* und zum Ueberfluß noch durch das Strasburger Onomasticon, welches ebenfalls Gaiuswörter zu enthalten scheint, wenigstens mit einiger Wahrscheinlichkeit dem Gaius zugewiesen. Ein voller Beweis aber ist nur bei wenigen unter diesen Excerpten möglich.

Rudorff.

Zusatz: Note 42 a. E. lies: „ein certare über die deieratio seyn".

Ueber die Tafeln von Salpensa und Malaga.

Von

Herrn Regierungsrath und Professor D. L. Arndts in Wien.

Vor zehn Jahren erstattete die kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Bd. IV. S. 130—139) Bericht über den lebhaften Angriff, welchen der gelehrte und geistreiche Laboulaye gegen die Aechtheit der im Jahre 1851 in Malaga entdeckten Inschriften, der bald berühmt gewordenen Stadtrechte der latinischen Colonieen Salpensa und Malaga, gerichtet hatte, sodann aber auch (Bd. IV. S. 412—422) über die der Vertheidigung derselben gewidmete Schrift von Giraud, nach welcher, wie wir uns damals aussprachen, eine Bestreitung der Aechtheit kaum noch möglich schien. Ob Laboulaye durch diese geistvolle Entgegnung seines Collegen sich hat überzeugen lassen, ist mir nicht bekannt. Die deutschen Gelehrten haben sich den Glauben an die Aechtheit jedenfalls nicht nehmen lassen, und werden die von Mommsen restituirten und commentirten beiden latinischen Stadtrechte meines Wissens überall als zuverlässige Quellen der römischen Rechtsgeschichte betrachtet und benutzt. Neuerdings hat nun aber ein deutscher Gelehrter der jüngeren Generation den Angriff Laboulaye's erneuert, durch einen Aufsatz, welcher in der Pariser Revue historique de droit français et étranger erschienen und zugleich besonders herausgegeben ist unter dem Titel:

> Notice sur l'époque et la méthode de la fabrication des tables de Malaga. Lettre à M. Édouard Laboulaye par M. G. M. Asher privatdocent de droit à Heidelberg. Paris 1866. (23 Seiten.)

Der Verfasser dieser Schrift glaubt erwiesen zu haben, daß die Inschriften zweifellos für gefälscht zu halten seien. Aber

nach dem Ergebnis seiner Untersuchungen konnte freilich „le gaillard, qui a composé ces lois municipales", sich nicht mehr persönlich bei dem gelehrten Giraud vorstellen, um die versprochene „blanche au doctorat" in Empfang zu nehmen; die Laurea könnte nur etwa im Tempel der Themis zu Ehren eines großen Unbekannten aufgehängt werden. Herr Asher weicht nehmlich von Laboulaye darin ab, daß er nicht wie dieser die Tafeln von Malaga für ein erst in unserer Zeit verfertigtes falsches Fabrikat hält, sondern deren Entstehung vielmehr in eine weit frühere Zeit verlegt. Jenes ist auch ihm vollkommen eben so unwahrscheinlich, wie es Giraud dargestellt hat (Krit. Ueberschau IV. S. 413). Sein Geruch ist auch nicht unempfindlich für den delicieux parfum, den eine Stelle ausathmet, und er denkt mit Giraud: „Cela ne s'invente pas, ne s'imite pas" (a. a. O. S. 421). Er nimmt an, daß der Fälscher eine jetzt verlorne ächte Inschrift benutzt und dieselbe mit seiner Fälschung verwebt habe. Er sagt S. 19: „L'idée de M. Laboulaye, que les Tables doivent leur origine à une fraude recente et que les textes sont purement fictifs, est à peine moins inadmissible que leur authenticité". Seine Idee ist vielmehr diese: daß um die Mitte des sechzehnten Jahrhunderts (von 1530 — 1570) ein allerdings sehr geschickter Fälscher mit Hülfe einer ächten Inschrift die Tafeln fabricirt und im Boden verborgen habe, damit sie, entdeckt, als ein glänzendes Zeugnis uralter Municipalfreiheiten spanischer Städte, insbesondre der Stadt Malaga, Eindruck machen sollten. Dies bringt er geschickter Weise in Verbindung mit Kämpfen, welche in demselben Jahrhundert, zur Zeit des großen Kardinals Ximenes, die Stadt Malaga um die Wahrung ihrer Municipalfreiheiten zu bestehen hatte. Eine große Aufregung erhob sich in dieser Stadt namentlich im Jahre 1516, veranlaßt durch angebliche Anmaßungen eines Admiralitätsgerichtes und dessen Conflikte mit der bürgerlichen Gerichtsbarkeit, worüber der Verfasser S. 15 fg. einen Bericht aus Gomez' Lebensbeschreibung des genannten Kardinals mittheilt. Die Bürger setzten sich in die Verfassung, nöthigenfalls mit Gewalt der Waffen einen Angriff auf ihre Stadt abzuwehren, „idque tanta contentione et ardore, ut singuli cives plurima vasa aerea in unum congregantes ingens tormentum conflaverint, hoc titulo suprascripto: Malacitanae libertatis assertores". Die Zeit der Verferti-

gung der falschen Inschriften aber sucht der Verfasser nach folgenden Momenten näher zu bestimmen:

Vor 1530 sei dieselbe nicht wohl anzunehmen; denn vor dieser Zeit sei die Manie falscher Inschriften gewiß noch nicht zu der Höhe gestiegen, wie vorausgesetzt werden müßte, um ihr riesigstes Erzeugnis hervorzubringen (pour faire naitre son produit le plus gigantesque), im Vergleich mit welchem alle andern bekannten Beispiele solcher Art (de ces méchants jeux d'ésprit) als Kinderei erscheinen. Andrerseits sei nicht an eine spätere Entstehungszeit zu denken; denn in der Tafel von Salpensa, namentlich cap. XXIII und cap. XXVIII kommen nach der Ansicht des Verfassers grobe Fehler und Irrthümer vor, welche beweisen, daß dem Verfertiger Ulpian's Fragmente noch nicht bekannt waren, die doch schon 1549 und 1558[1]) in Paris gedruckt erschienen und dem offenbar sehr sachkundigen und gelehrten Autor gewiß vor 1570 zugekommen waren. Dies ist der eigentliche Kernpunkt in der Ausführung des Verfassers. Daher stellt er jene beiden capp. in den Vordergrund und deren Inhalt ist es, worauf sich vorzüglich seine Erörterungen beziehen. Es ist auch einleuchtend, daß, wenn darin wirklich Widersprüche mit dem, was wir aus unzweifelhaft ächten Quellen, wie Ulpian und Gaius, wissen, nachgewiesen werden, eben damit auch die Unächtheit der angeblichen Stadtrechte erwiesen ist, daß ferner, wenn darin Irrthümer vorkommen, die, nach den Justinianischen Rechtsquellen allenfalls erklärlich, durch die Ulpianischen Fragmente als solche aufgedeckt werden, eben damit auch ein ziemlich sicherer Anhaltspunkt für Bestimmung der Entstehungszeit des falschen Fabrikats gewonnen sei; denn das ist nicht zu bezweifeln, daß der Gelehrte, der dieses herzustellen im Stande war, auch von den in seiner Zeit entdeckten vorjustinianischen Quellen alsbald Kenntnis genommen und mit deren Hülfe eben jene Irrthümer und Fehlgriffe so gewiß vermieden haben würde, als sein Produkt selbst mit denselben immerhin als ein wahrhaft bewundernswerthes jeu d'ésprit anerkannt werden müßte.

---

[1]) So liest man S. 15. Aber nach Hugo's index editionum (hinter dessen Ausgabe von Pauli sentt.) p. 152 erschien die zweite Pariser Ausgabe des Ulpian (von Charondas) schon 1555; und hatte schon 1554 auch Cujacius denselben herausgegeben, und zwar in Toulouse, das dem Spanier noch näher lag, als Paris.

Es verlohnt sich nun wohl der Mühe, die Ausführung des Verfassers einer genaueren Prüfung zu unterwerfen, um zu sehen, ob wir deren Ergebnis als richtig anerkennen und uns somit darein ergeben müssen, unsern Quellenschatz um zwei sehr interessante Stücke vermindert zu sehen. Auf diejenigen Verdachtsgründe, welche schon in den früheren Streitschriften genügend erörtert worden sind und von dem Verfasser nur beiläufig ebenfalls mit angeführt werden, näher einzugehen, kann ich mich dabei enthalten, so z. B. die ungewöhnliche Beschaffenheit des Fundes und des Fundortes, die Fehlerhaftigkeit des Textes, die unlateinische Art des Abbrechens einzelner Worte, die Bezeichnung von Rubricae; es genügt, darüber auf Giraud's Schrift und deren Anzeige in der kritischen Ueberschau zu verweisen. Ich beschränke mich darauf, die Vorwürfe zu beleuchten, welche der Verfasser unter Nro. IV und V in Ansehung der Ausdrucksweise und des Inhalts unserer Inschriften, speciell des cap. XXIII und XXVIII der Lex Salpensana, erhebt.

I. Unter Nro. IV, mit der Ueberschrift: „Latinité vicieuse, style légal barbare ou erroné",

finden wir folgende Rügen vorgebracht:

1) In cap. XXIII cit. verurtheilt der Verfasser den Satz: „is (iis?) in libertos .... deque bonis eorum ... idem ius eademque condicio esto" als „phrase eminemment vicieuse". Warum? darüber erklärt er sich nicht. So viel ich sehe, mag ihm allenfalls anstößig erscheinen der Ausdruck: „in libertos ... eadem condicio" und „de bonis .... idem ius eademque condicio". Aber das erste Bedenken beseitigt sich leicht, da es nicht nöthig ist, „eadem condicio" auch mit „in libertos" zu verbinden; es genügt das idem ius in libertos, das ganz unbedenklich ist; doch scheint es mir, da condicio sehr oft in dem Sinn von „rechtlicher Lage", „Rechtsbeziehung" gebraucht wird, nicht unzulässig, das „idem ius eademque condicio" pleonastisch zugleich auf libertos libertasve mit zu beziehen. Was das andere Bedenken betrifft, so ist mir zwar kein andres Beispiel gleicher Art gegenwärtig; Gaius III. §. 40 fg. spricht oft von ius in bonis libertorum, nicht de bonis, und eben so Justinian's Institutionen III. 7; dennoch halte ich den Tadel des Verfassers für unberechtigt. Nimmt man ius im objektiven Sinne, so ist gegen die Zusammensetzung mit de bonis nichts einzuwenden;

die beiden Bedeutungen des Wortes gehen aber so leicht und so häufig gleichsam in einander über, daß dieselbe Verbindung, auch wo man zunächst an das Recht im subjektiven Sinn denken möchte, wie in der vorliegenden Stelle, durchaus nicht anstößig erscheint. „Iis . . . de bonis . . . idem ius esto" kann man übersetzen: „es soll für sie in Betreff der Güter dasselbe Rechtens sein", oder auch „sie sollen in Betreff der Güter dasselbe Recht haben". Im Edict fand man einen Titel de bonis libertorum; so lag dem Gesetzverfasser die Frage nahe, was in diesem besonderen Fall de bonis libertorum gelte? und die Antwort ist: idem ius esto eademque condicio esto. In diesen Dingen ist manches Gefühlssache; ich muß gestehen, daß mir die fragliche Fassung entschieden gerade den Eindruck macht, als könne sie nicht wohl von einem Fälscher des 16. Jahrhunderts herrühren.

2) Anstößig findet der Vf. den Ausdruck „in civitatem Romanam venerit" in cap. XXIII. Im classischen Latein heiße in civitatem aliquam venire nichts andres als „im Gebiet einer Stadt ankommen", wie bei Ulpian. in L. 4. §. 5. D. de off. procons. 1. 16. Erst in dem barbarischen Latein Justinian's werde mit den Worten: in civitatem romanam pervenire der Sinn verbunden: „das Bürgerrecht erlangen". §. 4. I. de succ. libert. 3. 7. Allerdings Gaius I. §. 68 (und so wohl auch in dem unleserlichen §. 71) schrieb in diesem Sinn: ad civitatem romanam pervenire. Aber wenn Cicero pro Balbo cap. 8 dem Ankläger seines Clienten vorwirft: negat, ex foederato populo quemquam potuisse, nisi is populus fundus factus esset, in hanc civitatem venire, so hat er damit doch schwerlich sagen wollen, jener sei der Meinung, daß jeder Bürger einer verbündeten Stadt einer Bewilligung durch Bürgerbeschluß bedurft habe, um eine Reise in das Gebiet Rom's zu unternehmen. O, praeclarum interpretem iuris! ruft Cicero aus, weil der Ankläger den alten staatsrechtlichen Grundsatz, daß einer freien verbündeten Stadt das römische Bürgerrecht nicht durch römischen Volksbeschluß gegen ihren Willen (si is populus fundus factus non esset) aufgedrängt werden konnte, so misverstanden hatte, als ob die Verleihung des römischen Bürgerrechts an einen einzelnen Angehörigen der verbündeten Stadt mit dessen Willen nicht anders als durch Beschluß seiner bisherigen Mitbürger wirksam hätte geschehen können. „In civitatem nostram venire

bedeutet also bei Cicero l. c. und eben so in cap. 12. 19. 22. so viel, als: „in unsere Bürgerschaft eintreten" oder „unser, d. i. das römische, Bürgerrecht erlangen". In demselben Sinn spricht Fest. v. municipium von solchen, quorum universa civitas in civitatem romanam venit. Demnach ist das Latein unserer Inschrift, wie das Justinian's in diesem Falle nicht barbarisch, sondern classisch im strengsten Sinne unserer Philologen. So wenig wie jener ist

3) der Tadel gegründet, welchen der Vf. gegen die Worte: si civitate mutatus mutata[2]) non esset in demselben cap. XXIII vorbringt; dieser ist in dem Maße vergriffen, daß man sich versucht fühlen könnte, den Ciceronischen Ausruf: O praeclarum interpretem! hier zu wiederholen. Asher glaubt, civitatis mutatio sei überall synonim mit oppidi mutatio und bedeute das Verlassen einer Stadt, der bisherigen Heimath, und Niederlassung in einer anderen (une expatriation, une transmigration). Nun aber seien die Bürger von Salpensa, die durch die Magistratur das römische Bürgerrecht erlangten, keineswegs von dort ausgewandert, sondern als römische Bürger in ihrer lateinischen Heimat ruhig sitzen geblieben. Der kluge Fälscher sei jedoch durch Misverständnis dessen, was er bei Liv. XLI. 8 und Cic. pro Balbo cap. 13 gelesen, verleitet worden, auch hier an mutatio civitatis zu denken. Dem liegt nun umgekehrt von Seiten des Verfassers ein kaum begreifliches Misverständnis zum Grunde.

Livius a. a. O. spricht von den Maßregeln, welche a. u. 575 auf Begehren der italischen Bundesgenossen ergriffen wurden, um der Entvölkerung der Bundesstädte, die durch Uebersiedelung ihrer Bürger nach Rom bewirkt wurde, entgegenzuwirken. Solche Uebersiedelung und Aufnahme in die römische Bürgerschaft war ihnen gesetzlich gestattet, wenn sie in der Heimat eine Familie zurückließen. Aber diese Schranke wurde durch künstliche Veranstaltung durchbrochen, indem Väter ihre Kinder einem römischen Bürger in's Mancipium gaben, mit der Bestimmung, daß sie von diesem manumittirt und so als Freigelassene römische Bürger würden; und weiterhin war es gewöhnlich geworden, daß Viele ohne alle Umschweife, his quoque imaginibus iuris spretis, promiscue sine lege, sine stirpe, in civitatem romanam per migrationem

[2]) In der Inschrift: mutatis mutatae, offenbar fehlerhaft.

et censum transibant. Daher wurde nun verboten, nequis quem civitatis mutandae causa suum faceret neve alienaret, und die Magistratus wurden angewiesen, eine Manumission nur dann zuzulassen, wenn der Manumittirende schwöre, civitatis mutandae causa manu non mittere (Liv. l. c. cap. 9 in fine). Auch wurden damals Viele, die in solch ungesetzlicher Weise in die römische Bürgerschaft sich eingeschmuggelt hatten, genöthigt, in ihre rechtmäßige Heimat zurückzukehren. Hier war also allerdings von wirklicher Ein- und Auswanderung (oppidi mutatio) die Rede. Gleichwohl ist es unrichtig, diesen Sinn in das civitatem mutare hineinzulegen. Wenn Livius sagt: per censum in civitatem romanam transibant, so kann er nicht sagen wollen: sie kamen durch den Census in das Gebiet der Stadt Rom; sie mußten vorher dahin gekommen sein, um sich als Bürger censiren zu lassen; er will vielmehr sagen: sie kamen durch den Census in die römische Bürgergemeinde, wurden römische Bürger. Das war das alte Recht der latinischen Bundesgenossen, das foedus aequum, das Municipium im alten Sinn, daß jene nach Rom, wie umgekehrt der Römer in die Bundesstadt, einwandern und sich als Bürger aufnehmen lassen konnten, ein Recht, das aus Rücksicht auf die Bundesgenossen durch die oben erwähnte Bedingung beschränkt war; die civitatis mutatio aber wurde erst durch den Census vollzogen, bestand also nicht in einer Ortsveränderung, sondern in einem Wechsel des Bürgerrechts. Und wenn eine alienatio und manumissio civitatis mutandae causa vorkam, so bedeutete auch dieses nicht eine Manumission um der Ortsveränderung willen, sondern eine Manumission zu dem Zweck, um ein anderes Bürgerrecht zu gewinnen und gegen das bisherige einzutauschen.

Vollends einleuchtend wird dies, wenn wir die Rede des Cicero für den Cornelius Balbus zur Vergleichung heranziehen. Es ist kaum zu denken, daß sie im Zusammenhange gelesen hat, wer glauben kann, daß durch sie die Unächtheit des „civitate mutatus“ in unserer Inschrift bewiesen werde. Cicero spricht viel von mutatio civitatis, vom ius mutandae civitatis oder commune ius mutandarum civitatum. Aber das Wesentliche dabei ist ihm immer der Wechsel des Bürgerrechts, nicht die Aenderung der Niederlassung. Nach römischem Recht konnte Niemand zugleich römischer Bürger und Bürger einer andern freien selbständigen

Stadt sein. Der römische Bürger hörte auf, es zu sein, wenn er in die Bürgerschaft einer freien Stadt aufgenommen war und dieses Bürgerrecht angenommen hatte, und umgekehrt; darin bestand die mutatio civitatis; ob eine Uebersiedelung damit verbunden war, ist Nebensache. In cap. 11 heißt es: si Gaditani sciverint nominatim de aliquo cive romano, ut sit is civis Gaditanus, so stehe diesem die potestas mutandae civitatis zu und hindere ihn nichts, quominus ex cive romano civis Gaditanus possit esse, und nach cap. 12 civi romano licet esse Gaditanum, sive exilio, sive postliminio, sive reiectione huius civitatis, also dadurch, daß er das Bürgerrecht von Gadix dem römischen vorzieht, und quid est, fragt Cicero, quam ob rem civi Gaditano in hanc civitatem venire (d. i. civem romanum esse, wenn ihm die Römer das Bürgerrecht verliehen) non liceat? In cap. 20—23 werden viele einzelne Verleihungen des Bürgerrechts an Bürger verbündeter Städte erwähnt, wobei nicht daran zu denken ist, daß die neuen Bürger sofort nach Rom einwanderten. Balbus selbst hatte durch Schenkung des Pompejus, die durch Volksbeschluß bestätigt worden, das römische Bürgerrecht erhalten, vermuthlich lange zuvor, ehe sein Fuß italischen Boden betrat. Die Stelle selbst, welche Asher S. 5 aus Cicero's Rede (cap. 13) beibringt, widerlegt ihn. Nachdem dieser des Grundsatzes erwähnt: ne quis invitus civitate mutetur neve in civitate maneat invitus, und hervorgehoben hat, daß nach dem Beispiel des Romulus nunquam est intermissa a maioribus nostris largitio et communicatio civitatis, fährt er fort: Itaque et ex Latio multi et Tusculani et Lanuvini et ex ceteris generibus gentes universae in civitatem sunt receptae, ut Sabinorum, Volscorum, Hernicorum, quibus ex civitatibus nec coacti essent civitate mutari [3]), si qui noluissent, nec si qui essent civitatem nostram beneficio populi romani consecuti, violatum foedus eorum videretur. Nun wird uns doch Niemand glauben machen, daß jene universae gentes ihre Sitze verlassen, eine oppidi mutatio im Asher's Sinne vorgenommen haben, daß die Tusculaner, Lanuviner und andere alle nach Rom eingewandert, wie unter Tullus Hostilius die Albaner nach Rom verpflanzt wurden und Ancus Martius den

[3]) So liest Orelli; Asher nach andern Ausgaben: civitatem mutare.

Aventinus bevölkerte, noch auch, daß nur diejenigen Einwohner der annexirten Städte, welche aus diesen emigrirten, im Sinne Cicero's civitatem mutabant. Es ist vielmehr klar, daß Cicero eben in dem Uebertritt der bisher selbständigen Gemeinden in die römische Bürgergemeinde, welche ohne alle Aenderung ihrer Niederlassung vor sich ging, darin, daß nach Festus universa civitas in civitatem romanam venit, die mutatio civitatis erblickt. Und unter denselben Begriff stellt er (cap. 24) den Fall, wenn einzelnen Latinen zur Belohnung das römische Bürgerrecht gewährt war (lege Servilia aut ceteris, quibus Latinis hominibus erat propositum aliqua ex re praemium civitatis[4]), wobei doch auch nicht daran zu denken ist, daß sie ihre Heimat deshalb verließen.

Somit schwindet alles Bedenken, daß auch bei Denjenigen, welche nach dem Rechte altitalischer latinischer Colonien durch die Magistratur das römische Bürgerrecht erlangten, von mutatio civitatis die Rede war, und der Ausdruck: civitate mutatus mutata hat in meinen Augen vielmehr vollkommen das Gepräge althergebrachter Gesetzessprache.

Auffallend allerdings ist der Ausdruck: civitate romana mutatus mutata, der in cap. XXII der lex Salpensana sich findet. Zwar was der Vf. darüber S. 6 bemerkt, ist durch das Obige schon von selbst widerlegt. Er sagt: nach Livius und Cicero sei civitatis mutatio la sortie d'une civitas; la civitas mutata „celle d'ou l'émigrant sort, non celle où il entre". Der Fälscher aber „veut que les anciens magistrats Salpésiens soient des civitate mutati, et ne peut cependant pas les faire sortir de Salpensa, puisqu'il est évident, qu'ils y restent: c'est ce qui le force à faire une civitatis mutatio de leur entrée dans la civitas romana". Diese entrée, das venire in civitatem romanam im Sinne des Cicero und Festus, war, wie gezeigt, freilich eine civitatis mutatio. Auffallend ist aber doch der Ausdruck: civitate romana mutatus.

---

[4]) Diese Belohnung verheißt die sog. lex Servilia repetundarum Z. 76 fg. dem siegreichen Ankläger im Repetundenprozeß ohne die Beschränkung auf Latini, worin Mommsen eine Unterstützung seiner Meinung findet, daß die Fragmente der älteren Lex Acilia, nicht der von Cicero erwähnten Lex Servilia angehören, welche letzte das praemium civitatis nur den Latinen zugesagt habe. Corp. inscript. lat. I. p. 70.

Bei Cicero a. a. O. finden wir sowohl das Activum: civitatem mutare (cap. 11), als das Passivum civitate mutari (cap. 13, wo jedoch die Lesart zweifelhaft ist) und civitate mutatus (cap. 18). Der letzte läßt sich etwa so deuten, daß Jemand in Ansehung des Bürgerrechts eine Aenderung erfahren, einen Tausch gemacht habe. Aber civitate romana mutatus? Durch das römische Bürgerrecht verändert? Ich gestehe, daß mich dieser Ausdruck befremdet. Aber ich kann es doch eben deshalb nicht wahrscheinlich finden, daß er von einem sonst sehr geschickten Fälscher, der seinen Cicero wohl gelesen hatte, erfunden sei.

4) „Apud IIviros, qui iure dicundo praeerunt eius municipii" — so lesen wir in cap. XXVIII der lex Salpensana: „Locution contraire aux règles grammaticales" bemerkt dazu der Vf.; der Genitiv eius municipii in dieser Verbindung! Aehnliches finde sich in keiner ächten Quelle. Dagegen ist zu bemerken:

„IIvir IVvir eius municipii" findet sich z. B. auch in der Lex Rubria de Gallia cisalpina cap. 19. Nun ist aber IIvir IVvir allein noch gar keine vollständige Bezeichnung des Magistratus; in der lex (Thoria) agraria z. B. cap. 19 fgg. kommen duumviri mit ganz andern speciellen Functionen vor; zu IIvir IVvir ist dort stillschweigend hinzuzudenken: iuri dicundo; es wäre also gewiß auch kein Verstoß gegen die Grammatik, wenn ausdrücklich gesagt wäre: IIvir IVvir iuri dicundo eius municipii. Ferner aber war es, wie dieselbe Lex Rubria und unsere Stadtrechte beweisen, noch gewöhnlicher, im Gesetzesstil ausführlich zu sagen: „qui iuri dicundo praeerunt". Also die IIviri, qui iuri dicundo praeerunt, bilden erst ein vollständiges Substantivum in der Allen geläufigen Gesetzessprache, ähnlich wie proconsule als Nominativ gebraucht, d. i. qui pro consule est. Demnach ist es nicht haarsträubend, zu jenem combinirten Substantivum noch den Genitiv „eius municipii" hinzugefügt zu finden. Man möchte vielmehr auch hier mit Giraud sagen: Cela ne s'invente pas.

5) „Uti qui optume (optumo) iure latini libertini liberi sunt erunt" lesen wir in demselben cap. XXVIII. An diesem unschuldigen erunt nimmt der Vf. großen Anstoß. In einem heutigen Handelsvertrage, meint er, möge man sich nicht wundern,

wenn im Voraus auch alle Rechte ausbedungen werden, welche erst künftig einer meistbegünstigten Nation bewilligt werden könnten. Aber: „dans une loi romaine, une pareille clause serait monstrueuse". Allein wer sich die überaus vorsichtige, fast pedantische Art der Abfassung römischer Gesetze vergegenwärtigt, der wird sich über diese Monstrosität leicht beruhigen. Gerade die Verbindung der gegenwärtigen und zukünftigen Zeit liebt sie, wo beide irgendwie in Betracht kommen könnten: z. B. „oportet oportebit" in der lex Julia municip. I. Z. 53, in der lex Cornelia de XX quaestoribus; „sunt erunt" in der lex Rubria cap. 23, in der lex Julia I. Z. 20. 55. 68. II. 34. 68; eben so oft „est erit", einmal „est erit fuit fuerit". Warum nicht auch in unserer Stelle: qui .... liberi sunt erunt? Uebrigens spricht diese gar nicht von Rechten, welche den bestens Freigelassenen jetzt zustehen oder künftig verliehen werden möchten, wie Asher erklärt, sondern sagt nur: die nach cap. XXVIII cit. Freigelassenen sollen so frei sein, wie diejenigen, welche mit vollkommenster Wirkung latinisch freigelassen sind oder künftig freigelassen werden.

6) Den Schluß des cap. XXVIII, mit den Worten: „iis numerus decurionum, per quem decreta hl. (d. i. hac lege) facta rata sunt" nennt der Vf. „une phrase vicieuse et à peine intelligible". Vermuthlich findet er, daß die Worte hac lege nach facta stehen müßten; wäre dies der Fall, so wüßte ich nichts zu finden, was noch Anstoß erregen könnte. Hier könnte aber leicht ein Versehen des Erzschreibers angenommen werden, der die Buchstaben h. l. zu früh eingegraben hatte und es nicht der Mühe werth hielt, den Fehler zu verbessern und das Wörtchen facta nachfolgen ließ, weil der Sinn doch unzweifelhaft ist, nehmlich daß mindestens zwei Drittheile der Decurionen zugegen sein sollten.

Zwei Drittheile! Bei dieser Gelegenheit muß ich noch einen Tadel berühren, den der Vf. in anderem Zusammenhange (p. 14) vorbringt. In der lex Malacitana cap. 64 findet sich der Ausdruck: „partes tertiae non minus quam duae" und ähnlich so in cap. 68 „partes non minus quam duae tertiae". Diesen hebt der Vf. vor allen hervor als eine der „locutions d'un cachet évidemment moderne". Allein „duae tertiae partes" ist keineswegs unlateinisch, also auch nicht „partes tertiae non minus

quam duae". Eine Flüssigkeit ad tertias decoquere heißt nach Plin. hist. nat. XXI. 71 und Columella de re rust. XII. 20 dieselbe bis auf zwei Drittel einkochen, und bei Columella V, 1 findet sich einmal „partes duae tertiae et una quarta", und wiederum „partes duae tertiae". Sodann in L. 84. Theod. Cod. de decurion. XII. 1 finden wir gerade in Beziehung auf die Decurionenversammlung ebenfalls unsere duae tertiae wieder. Die Constitution verordnet: um zu berechnen, ob bei einer Wahl die Decurionen in gesetzlicher Zahl ($^2/_3$) versammelt seien, solle man diejenigen, welche aus gewissen Gründen abwesend sind, nicht mitzählen (ut eorum in duabus, quae concilio adesse debent, partibus numerus derogetur, quos aut obtentus debilitatis alienat, aut senectus pigra remoratur etc.), und fügt dann am Ende hinzu: ut ex reliquo numero duabus tertiis supputandis[5]), d. h. indem nehmlich von der alsdann übrig bleibenden Gesammtzahl die zwei Drittheile zu berechnen sind. Man vergleiche auch noch Ulp. VI. 10: Liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres.

Demnach sind die duae tertiae partes nicht so ganz von modernem Gepräge, wie der Vf. annimmt, und vollends unberechtigt ist es, wie der Vf. S. 20 thut, sie als einen groben grammatischen Fehler zu notiren. Der Umstand vielmehr, daß wir in der Lex Salpensana cap. XXIX den Ausdruck „duae partes decurionum non minus" finden, ähnlich wie im Edict von Venafrum „non minus quam duae partes decurionum", in der lex Malacitana cap. LXIV aber „eorum partes tertiae non minus quam duae", — dieser Umstand kann zum Beweise dienen, daß nicht die beiden Tafeln von einem Falsarius fabricirt worden sind.

Doch der Vf. entdeckt in cap. LXIV cit. „deux fautes grammaticales grossières", nehmlich „duae tertiae partes" und „adessent". Er stellt neben einander die Fassung in der Tafel von Salpensa:

> „Ex decreto decurionum quod cum duae partes decurionum non minus adfuerint factum erit,"

---

[5]) Die handschriftliche Lesart ist zwar duobus; aber die Verbesserung duabus ganz unbedenklich. Dagegen et für ut zu setzen, wie Gothofred und Beck angeben und Hänel nicht misbilligt, das scheint mir keine Verbesserung, auch nicht nothwendig, wie der letzte angemessener fände, ut ganz zu streichen.

in dem edictum de aquaeductu Venafrano:

„Ex maioris partis decurionum decreto, quod decretum ita factum erit, cum in decurionibus non minus quam duae partes decurionum adfuerint" [6])

und in der Tafel von Malaga:

„Ex decurionum conscriptorumque decreto, quod decretum, cum eorum partes tertiae non minus quam duae adessent, factum erit".

Die erste scheint ihm „de beaucoup la plus élégante", und er findet darin die Spur einer vom Fälscher benutzten ächten Inschrift, da diesem das erst in neuester Zeit bekannt gewordene Edict von Venafrum nicht zum Muster gedient haben könne. Die dritte aber findet er geradezu fehlerhaft und darin den Beweis ihrer Unächtheit. Den einen Fehler haben wir als keinen erwiesen. Es bleibt nur der andere: „cum .... adessent, factum erit". Dessen Quelle könnte man etwa in L. 3. D. quod cuiusque univ. 3. 4 finden, wo wir lesen: „quum duae partes adessent", ganz richtig, weil das Perfectum „dedit" vorhergeht, während in Beziehung auf das Futurum „factum erit" allerdings vielmehr adfuerint zu erwarten wäre. Aber diese Abweichung in Betreff der consecutio temporum für einen groben grammatischen Fehler und deshalb das merkwürdige Monumentum für falsch zu erklären, das scheint mir doch zu kühn, wenn ich in einem älteren Monument, dem sog. Sc. de Bacchanalibus, zweimal lese:

„isque de senatous sententiad, dum ne minus senatoribus C adesent, quom ea res cosoleretur, iousisset"

und in Beziehung darauf bei Liv. XXXIX. 18

„si ei permissum esset, quum in Senatu non minus centum essent".

In den bisher besprochenen Rügen des Vf. haben wir also keinen hinreichenden Grund gefunden, den Glauben an die Aechtheit der Tafeln von Salpensa und Malaga aufzugeben. Sehen wir nunmehr

II. ob die unter Nr. V von demselben aus dem Inhalt des cap. XXIII und XXVIII der Tafel von Salpensa geschöpften Bedenken uns dazu nöthigen?

---

[6]) Asher hat hier unrichtig aderunt.

Es verlohnt sich nun wohl der Mühe, die Ausführung des Verfassers einer genaueren Prüfung zu unterwerfen, um zu sehen, ob wir deren Ergebnis als richtig anerkennen und uns somit darein ergeben müssen, unsern Quellenschatz um zwei sehr interessante Stücke vermindert zu sehen. Auf diejenigen Verdachtsgründe, welche schon in den früheren Streitschriften genügend erörtert worden sind und von dem Verfasser nur beiläufig ebenfalls mit angeführt werden, näher einzugehen, kann ich mich dabei enthalten, so z. B. die ungewöhnliche Beschaffenheit des Fundes und des Fundortes, die Fehlerhaftigkeit des Textes, die unlateinische Art des Abbrechens einzelner Worte, die Bezeichnung von Rubricae; es genügt, darüber auf Giraud's Schrift und deren Anzeige in der kritischen Ueberschau zu verweisen. Ich beschränke mich darauf, die Vorwürfe zu beleuchten, welche der Verfasser unter Nro. IV und V in Ansehung der Ausdrucksweise und des Inhalts unserer Inschriften, speciell des cap. XXIII und XXVIII der Lex Salpensana, erhebt.

I. Unter Nro. IV, mit der Ueberschrift: „Latinité vicieuse, style légal barbare ou erroné",

finden wir folgende Rügen vorgebracht:

1) In cap. XXIII cit. verurtheilt der Verfasser den Satz: „is (iis?) in libertos . . . . deque bonis eorum . . . idem ius eademque condicio esto" als „phrase eminemment vicieuse". Warum? darüber erklärt er sich nicht. So viel ich sehe, mag ihm allenfalls anstößig erscheinen der Ausdruck: „in libertos . . . eadem condicio" und „de bonis . . . . idem ius eademque condicio". Aber das erste Bedenken beseitigt sich leicht, da es nicht nöthig ist, „eadem condicio" auch mit „in libertos" zu verbinden; es genügt das idem ius in libertos, das ganz unbedenklich ist; doch scheint es mir, da condicio sehr oft in dem Sinn von „rechtlicher Lage", „Rechtsbeziehung" gebraucht wird, nicht unzulässig, das „idem ius eademque condicio" pleonastisch zugleich auf libertos libertasve mit zu beziehen. Was das andere Bedenken betrifft, so ist mir zwar kein andres Beispiel gleicher Art gegenwärtig; Gaius III. §. 40 fg. spricht oft von ius in bonis libertorum, nicht de bonis, und eben so Justinian's Institutionen III. 7; dennoch halte ich den Tadel des Verfassers für unberechtigt. Nimmt man ius im objektiven Sinne, so ist gegen die Zusammensetzung mit de bonis nichts einzuwenden;

die beiden Bedeutungen des Wortes gehen aber so leicht und so häufig gleichsam in einander über, daß dieselbe Verbindung, auch wo man zunächst an das Recht im subjektiven Sinn denken möchte, wie in der vorliegenden Stelle, durchaus nicht anstößig erscheint. „Iis . . . de bonis . . . idem ius esto“ kann man übersetzen: „es soll für sie in Betreff der Güter dasselbe Rechtens sein“, oder auch „sie sollen in Betreff der Güter dasselbe Recht haben“. Im Edict fand man einen Titel de bonis libertorum; so lag dem Gesetzverfasser die Frage nahe, was in diesem besonderen Fall de bonis libertorum gelte? und die Antwort ist: idem ius esto eademque condicio esto. In diesen Dingen ist manches Gefühlssache; ich muß gestehen, daß mir die fragliche Fassung entschieden gerade den Eindruck macht, als könne sie nicht wohl von einem Fälscher des 16. Jahrhunderts herrühren.

2) Anstößig findet der Vf. den Ausdruck „in civitatem Romanam venerit“ in cap. XXIII. Im classischen Latein heiße in civitatem aliquam venire nichts andres als „im Gebiet einer Stadt ankommen“, wie bei Ulpian. in L. 4. §. 5. D. de off. procons. 1. 16. Erst in dem barbarischen Latein Justinian's werde mit den Worten: in civitatem romanam pervenire der Sinn verbunden: „das Bürgerrecht erlangen“. §. 4. I. de succ. libert. 3. 7. Allerdings Gaius I. §. 68 (und so wohl auch in dem unleserlichen §. 71) schrieb in diesem Sinn: ad civitatem romanam pervenire. Aber wenn Cicero pro Balbo cap. 8 dem Ankläger seines Clienten vorwirft: negat, ex foederato populo quemquam potuisse, nisi is populus fundus factus esset, in hanc civitatem venire, so hat er damit doch schwerlich sagen wollen, jener sei der Meinung, daß jeder Bürger einer verbündeten Stadt einer Bewilligung durch Bürgerbeschluß bedurft habe, um eine Reise in das Gebiet Rom's zu unternehmen. O, praeclarum interpretem iuris! ruft Cicero aus, weil der Ankläger den alten staatsrechtlichen Grundsatz, daß einer freien verbündeten Stadt das römische Bürgerrecht nicht durch römischen Volksbeschluß gegen ihren Willen (si is populus fundus factus non esset) aufgedrängt werden konnte, so misverstanden hatte, als ob die Verleihung des römischen Bürgerrechts an einen einzelnen Angehörigen der verbündeten Stadt mit dessen Willen nicht anders als durch Beschluß seiner bisherigen Mitbürger wirksam hätte geschehen können. „In civitatem nostram venire

ihres Rechts. Wurde nun ein einzelner Latinus coloniarius römischer Bürger, so galt für ihn von da an römisches Recht. Eine capitis deminutio haben die Römer darin nie erkennen können; von einem Verlust ihrer Privatrechte aus diesem Grunde konnte keine Rede sein; im Vermögensrecht zumal schon darum nicht, weil die Latini als solche ohnehin commercium iuris civilis hatten. Aber der römische Bürger konnte nicht einen Latinus in seiner Familiengewalt haben, und doch wollte das Gesetz die bisherige Familienverbindung desjenigen, der durch die Magistratur römischer Bürger geworden war, nicht zerstören. Darum bestimmte das Gesetz für Salpensa in cap. 21, daß mit jenem auch dessen Eltern, Gattin und Kinder das Bürgerrecht erlangen sollten, und in cap. XXII, daß nunmehr auch das Verhältnis familienrechtlicher Gewalt und Abhängigkeit unter jenen in die römische Bürgerschaft eingereihten Personen ungestört fortbestehen sollte, als ob sie eine Aenderung ihres Status nicht erlitten hätten. Aber Freigelassene des zum römischen Bürger erhobenen Latinus sollten nicht ebenfalls römische Bürger werden. Nun konnte sich die Frage erheben, ob damit nicht das Patronatrecht wegfalle? Kann denn, so mochte man fragen, ein römischer Bürger Patronus eines Freigelassenen sein, der Latinus coloniarius ist? Kann er als solcher dessen gesetzlicher Erbe sein, da doch sonst in Ansehung des gesetzlichen Erbrechts zwischen römischen Bürgern und Latinen eine Rechtsgemeinschaft nicht besteht? [7]) Diese Fragen beantwortet das Gesetz, indem es ausdrücklich eine solche Anomalie sanktionirt. Daher das cap. XXIII. Wahrlich, wer das erfunden hätte, der verdiente ein Ehrendiplom. — Doch der Vf. hat darin

2) noch einen secundären Fehler entdeckt. Es spricht auch von libertatis causa imposita, von Verpflichtungen, welche der Freigelassene gegen den Patron übernommen; auch den Anspruch auf deren Erfüllung soll der bisherige Patronus ungeachtet seiner status mutatio behalten. Nun aber, sagt der Vf., ist von solchen Auflagen (ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, quum ex servitute ad civitatem romanam perducuntur — L. 1 pr. D. de bon. lib. 38. 2) in

---

[7]) Vgl. Gai. III. 56. „neque liberti Latini hominis bona ad patronos pertinere . . . possent.“

den Quellen nirgendwo in Beziehung auf unvollkommene Freilassungen die Rede. Denkt der Vf. dabei an Latini Juniani, so ist dagegen zu bemerken, daß in den Digestentiteln de operis und de bonis libertorum natürlich nichts mehr davon vorkommen konnte, weil es nach Justinianischem Recht keine solche unvollkommene Freilassung mehr gibt, und in den vorjustinianischen Quellen ist von der obligatio libertorum überhaupt nur sehr spärlich und gelegentlich die Rede. Es kann aber nach der Natur des Verhältnisses gar nicht bezweifelt werden, daß, seitdem der Prätor unvollkommen Freigelassene als in libertate morantes schützte und seitdem diese die lex Junia auch gesetzlich für frei erklärt hatte, der Prätor gleichwohl den bei solchen Freilassungen eingegangenen Verpflichtungen wenigstens in demselben Maße rechtliche Wirkung beigelegt habe, als es nach dem Edict in Folge vollkommener Freilassungen der Fall war. Zudem aber ist in unserem cap. XXIII gar nicht die Rede von unvollkommenen Freilassungen jener Art, sondern vielmehr von vollkommen, jedoch nur nach latinischem Recht vollkommen Freigelassenen, welche durch die Freilassung Latini coloniarii, cives coloniae Latinae geworden waren, wie die Freigelassenen römischer Bürger cives romani wurden. Daß aber auch nach latinischem Recht dem bisherigen Sklaven dergleichen Verbindlichkeiten auferlegt werden konnten, das ist doch gewiß nicht dem mindesten Zweifel unterworfen. Auch von den Latinen könnte gewiß gesagt werden, was nach L. 1 pr. cit. Servius Sulpicius von den römischen Bürgern berichtete, daß sie antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, und auch bei ihnen wird nach dem Vorbild des prätorischen Edicts dieses Rechtsverhältnis durch die magistratus ius dicentes geregelt worden sein. So geben auch diese libertatis causa imposita vielmehr einen Beweisgrund für, als einen Verdachtsgrund gegen die Aechtheit unserer Inschrift ab.

Hiernach steigt unsere Hoffnung, daß es gelingen werde, auch die noch viel einleuchtenderen Irrthümer, welche nach Asher's Meinung das cap. XXVIII der Tafel von Salpensa in sich bergen soll, als bloße Irrthümer des allzuscharfsinnigen Anklägers der Fälschung zu erweisen. Als solchen erkennt man leicht, wenn der Vf.

3) dem cap. XXVIII einen Vorwurf daraus macht, daß darnach die Freilassung von Sklaven in der Colonie von Salpensa apud duumviros zu geschehen habe, wie die römische manumissio vindicta apud magistratum, apud quem legis actio est, während wir doch wissen, freilich erst seitdem die Fragmente des Ulpian und Dositheus bekannt geworden, daß nach der lex Junia eine ganz formlose Freilassung genügte, um den Freigelassenen zum Latinus zu machen. Dabei ist übersehen, daß das cap. XXVIII von vollkommener Freilassung nach latinischem Recht spricht, wodurch der Freigelassene optimo iure latinus libertinus wird. Daß aber diese Freilassung nach altlatinischem Recht ganz analog der römischen manumissio vindicta gewesen sei, das ist eben so wahrscheinlich, als es unwahrscheinlich ist und von Niemandem mehr geglaubt wird, was Theophilus zu §. 4 J. I. 5 dem Livius (II. 5) und dem Pomponius (in L. 2. §. 24 D. de orig. iur.) gläubig nachspricht, daß die Bezeichnung dieser Manumissionsart von dem Namen des Verräthers der verrathsinnenden Söhne des ersten Consuls Junius Brutus herzuleiten sein möge. Als handgreiflicher Misgriff stellt es sich hiernach auch sofort heraus, wenn der Vf.

4) in den optimo iure latini libertini den Beweis findet, daß der vermeintliche Fälscher von der lex Junia nichts gewußt habe. Daß die lex Junia „s'adresse à la iurisdiction provinciale comme à la iurisdiction urbaine" mag zugegeben werden; daß sie auch von den Provincialstatthaltern geachtet werden mußte, versteht sich von selbst. Sie war aber jedenfalls zunächst ein römisches Gesetz, das die Freilassungen von Seiten römischer Bürger betraf, und daß sie sich auf peregrinische Freilassungen nicht bezog, ist gewiß (Dosith. §. 14); wie wäre es auch denkbar, daß ein Peregrinus seinen Sklaven zum Latinus hätte machen können? Aber es ist an sich sehr wahrscheinlich und geht gerade aus unserem cap. XXVIII hervor, daß sie auch in den latinischen Colonien recipirt oder oktroyirt worden. Daß aber die lex Junia „n'admet qu'un seul genre de latinité", nehmlich die der latini coloniarii, ist trotz Gaius (III. 56), ja, wie eben aus dieser Stelle klar hervorgeht, offenbar unrichtig. Warum wären sonst jene unvollkommen Freigelassenen als Latini Juniani von andern Latinen unterschieden? Hatten doch jene nicht, wie diese, die Fähigkeit ein Testament zu errichten, nicht das ius capiendi he-

reditatem legataque ex testamento[8]). Indem der Verfasser latini libertini optimo iure nennt, gibt er eben zu erkennen, daß er von anderen weiß, die nicht optimo iure sind, und diese waren eben die Latini Juniani. Eben so leicht beseitigt sich

5) das Bedenken gegen die Bestimmung des cap. XXVIII in fine, wornach als Consilium, welches die Beweggründe der Freilassung von Seiten eines noch nicht zwanzigjährigen Herrn zu prüfen hatte, die Decurionenversammlung zu fungiren hätte. Bekanntlich hat die lex Aelia Sentia eine Vorschrift dieser Art aufgestellt. Darnach aber bestand das Consilium, dem die Prüfung oblag, in Rom aus 5 Senatoren und 5 Rittern, in den Provinzen aber aus zwanzig Recuperatoren, die römische Bürger waren[9]). Diese fanden sich bei den Gerichtsversammlungen, welche die Statthalter wechselweise an verschiedenen Orten der Provinz abhielten, ein und wurden aus ihnen die Urtheiler in den Privatprozessen erkoren; am letzten Tage des Conventus aber sollten sie dann in jener Zahl zusammentreten, um jenes Consilium zu bilden. Dies nicht wissend, meint nun Asher, habe der Fälscher aus eigenem Einfall, im Widerspruch mit dem, was wir aus Gaius und Ulpian wissen, anstatt des in Justinian's Institutionen (I. 6. §. 4) ohne nähere Erklärung genannten Consilium dem Stadtrath von Salpensa jene Prüfung zugewiesen. Allein die lex Aelia Sentia betraf zunächst auch nur die Freilassung von Sklaven römischer Bürger; darum bildeten nur römische Bürger das Consilium, obwohl in den Conventus nach Umständen auch Peregrinen als Urtheiler fungiren konnten. Wenn nun die fragliche Bestimmung auf die Bürger latinischer Colonien ausgedehnt wurde, so wäre es sehr unpassend gewesen, dazu jenes unstete Consilium römischer Bürger zu requiriren; es konnte nichts angemessener gefunden werden, als jene Funktion dem ständigen, an Ort und Stelle jederzeit zugänglichen ordo decurionum zu übertragen, und das um so mehr, da die gebilligte Freilassung selbst vor dem Magistratus der freien latinischen Gemeinde stattfand, nicht vor dem Provincialstatthalter zu geschehen hatte, und aus dem ordo decurionum dort gewiß auch der magistratus iuri dicundo die Urtheiler in Privatprozessen wenigstens

---

[8]) Gai. I. 23. 24. II. 110. III. 58. Ulp. XVII. 1. XXI. 14. XXII. 3.

[9]) Gai. I. 20. 40. 41. Ulp. I. 13.

vorzugsweise zu nehmen pflegte. Müßte man diesen Passus für erfunden halten, so hätte man auch hier also wieder allen Anlaß, die Meisterschaft des Erfinders zu bewundern, zumal eines Erfinders, welcher in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts lebte und die Fragmente des Ulpian und Dositheus, geschweige die ächten Institutionen des Gaius, nicht kannte[10]).

Nunmehr wird uns auch das Bedenken nicht mehr viel Schwierigkeit machen, welches der Vf.

6) in Betreff des Passus: „dum ne . . . quae virgo mulierve sine tutore auctore quem quamve manumittat liberum liberamve esse iubeat" erhebt. Er hält es für undenkbar, daß durch ein Gesetz aus Domitian's Zeit in Spanien einem Rechtsinstitut, das schon zu Cicero's Zeit fast ganz abgestumpft war (émoussé), neue Kraft verliehen worden sei, und er findet darin einen Widerspruch mit Gaius. Beides ist völlig grundlos.

Wenn Gaius I. 193 schreibt: apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae, so hat er sicher mit gutem Vorbedacht geschrieben „apud peregrinos", im Gegensatz nicht nur der cives romani, sondern auch der Latini. Gaius bemerkt anderwärts (I. 55), daß fere nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus, und erwähnt auch dabei nicht, daß doch das Recht der Latini dem römischen verwandt sei. Gleichwohl ist nicht zu bezweifeln, daß die patria potestas bei den alten Latini wesentlich denselben Charakter hatte, wie bei den Römern. Wie hätten sonst jene ihre Kinder einem römischen Bürger in das Mancipium geben können (Liv. XLI. 8)? Und wie die patria potestas, so waren gewiß auch manus und mancipium nicht minder in dem Rechte des alten Latium wie in dem Rechte Rom's anerkannt. Es ist meines Erachtens überhaupt nicht zu bezwei-

---

[10]) Beiläufig sei noch bemerkt: der Vf. hebt S. 10 hervor, aus Dig. XLVII. 14. fr. 1 und der Collat. XI. 6. §. 4 gehe hervor, daß auch in der Provinz Baetika, in welcher Salpensa lag, jenes Consilium bestanden habe. Auch das ist gewiß ein Misverständnis. Das consilium oder, wie wir in der Collatio lesen, concilium Baeticae, an welches Hadrianus oder Antoninus rescribirt hat, war gewiß nicht das consilium viginti recuperatorum, von dem Gaius I. 20 spricht, sondern ein Provinciallandtag. Die Provinz Baetika zählte nach Plin. hist. nat. III. 3 vier conventus iuridici, konnte also nicht blos ein consilium Baeticae in dem obigen Sinn haben.

feln, daß das Recht des alten Latium innerlich durchaus die größte Verwandtschaft mit dem römischen Rechte hatte, und sofern durch römische Gesetze Verschiedenheiten begründet waren, wurden auch diese vielfach wieder dadurch ausgeglichen, daß die Bundesgenossen jene aus freiem Entschlusse sich aneigneten (Cic. pro Balbo cap. 11). Und jene familienrechtlichen Verhältnisse waren ihrem Wesen nach sicher nicht zuerst durch römische Gesetze eingeführt, sondern von den Römern aus dem Rechte ihrer Stammgenossen in ihren Staat mit herübergenommen. Es genügt in dieser Beziehung auf Giraud S. 34 fg., 40 fg., 97 fg. zu verweisen. Waren nun die Frauen auch bei den Latinen in patria potestate oder in manu, so ist es fast consequent und jedenfalls nicht im Mindesten unwahrscheinlich, daß die femina sui iuris auch bei ihnen unter Tutel stand. Nun wurden aber die latinischen Colonien als Tochterstädte auf das Recht Latiums gegründet, wie die Colonien römischer Bürger vollständig römisches Recht erhielten, und wo eine latinische Colonie nicht von dem noch freien Latium ausgegangen, sondern a populo romano data erat, da konnten ihr zudem bei der Gründung sofort noch römische Gesetze oktroyirt werden. Das iactatum procellis reipublicae Latium, welches durch Vespasian nach Spanien verpflanzt wurde, hatte die Bedeutung, daß im Ganzen latinisches Recht dort das herrschende wurde, und wenn die Spanier damit auch die tutela feminarum überkamen, so war das eben nur ein Bestandtheil jenes Rechts, wie es in früheren Zeiten, vor den leges de civitate sociorum, im eigentlichen Latium bestanden hatte.

Allerdings war nun zu Domitian's Zeit die Tutel über Frauen im römischen Recht selbst sehr abgeschwächt; die wichtigste, die legitima agnatorum tutela, war durch die lex Claudia ganz beseitigt, und nach der lex Julia et Papia Poppaea erfreuten sich viele Frauen gänzlicher Befreiung von der Tutel. Aber eine practisch wichtige Institution blieb sie doch noch die ganze Zeit der classischen Jurisprudenz hindurch, und insbesondre die legitima tutela des Patronus über die liberta war immer noch von erheblicher Wichtigkeit. Das beweist eben die Stelle aus Ulpian (XI. 27), die der Vf. S. 11 selbst anführt; das beweisen ferner Gai. II. 80. 81. 85. 112. 113. 118. III. 108. 171. I. 184. 195. Ulp. I. 17. XI. 20. Vat. fragm. §. 1. 45; und als bestehend

wird dieselbe noch zu Diocletian's Zeit vorausgesetzt nach den fragm. Vat. §. 325. 327. Unzweifelhaft ist namentlich, daß die Frau, welche unter Tutel stand, eine Manumissio durch Vindicta ohne Autoritas ihres Tutors nicht vornehmen konnte, und zwar, weil diese ein civile negotium war, das sogar eine legis actio, die in iure cessio, in sich schloß, zwei Momente, deren jedes für sich genügte, die Auctoritas nothwendig zu machen (Ulp. l. c.). Aber eine Freilassung nach der lex Junia? War sie auch dazu erforderlich? Der Vf. sagt: Nein, und deshalb bürdet er dem cap. XXVIII cit. abermals einen groben Fehler auf. Dabei aber begeht er selbst wieder den Fehler, daß er die Bestimmung darin von einer unvollkommenen Freilassung versteht, während sie klar und deutlich von einer vollkommenen latinischen Freilassung spricht. Und dann hat er auch in Ansehung der unvollkommenen Freilassung ex lege Junia augenscheinlich Unrecht. Wenn nach Ulpian a. a. O. die Frau ihrer Freigelassenen nicht ohne Auctoritas des Tutors erlauben konnte, in contubernio alieni servi morari (und das war doch wahrlich kein civile negotium), weil sie dadurch ex senatus consulto Claudiano ihres Patronatrechts verlustig werden konnte, wie sollte es ihr zustehen, ihren Sklaven inter amicos oder per epistolam frei zu machen? Lag doch darin eine abalienatio einer res mancipi, die ihr nach Ulpian nicht gestattet war. Dies läugnet zwar Asher, weil in L. 9. Cod. III. 33 (vgl. auch L. 40. D. de stip. serv. 45. 3) alienatio und manumissio unterschieden wird. Aber im weiteren Sinn mußte man unter jener gewiß auch diese begreifen, eben so wohl, wie den Verlust einer Servitut non utendo (L. 5. D. de fundo dot. 23. 5), und wenn die lex Julia eben so die Veräußerung von Dotalsklaven wie die des Dotalgrundstücks verboten hätte, so hätte sicherlich kein römischer Jurist bezweifelt, daß der Mann den Sklaven auch nicht freilassen könne. Zu allem Ueberfluß belehrt uns Dositheus §. 15 ganz klar, daß die Frau, die nicht das ius liberorum hatte, sine tutoris auctoritate ihren Sklaven auch nicht zum Latinus machen konnte; eine Streitfrage bestand nur darüber, ob die Auctoritas des Tutors zur Ausfertigung der epistola genüge oder zur Zeit des Empfanges derselben erfordert werde?

„Nous n'avons relevé que les erreurs, sur lesquelles aucune controverse ne devrait être possible"? so schreibt der

Vf. S. 12. Nach der bisherigen Ausführung könnten wir füglich den Satz gegen den Vf. selbst wenden; wir glauben unbestreitbare Irrthümer desselben nachgewiesen zu haben, Irrthümer, auf welche man zum Theil mit vollem Recht die Bemerkung auf S. 13 anwenden könnte:

„Pour admettre tout cela comme vrai, il faudrait bouleverser complétement l'histoire du droit romain".

Weniger leicht als die bisher besprochenen sind diejenigen Einwendungen zu beseitigen, welche der Vf. S. 19 fg. gegen den Inhalt des cap. XXIX der lex Salpensana erhebt, obwohl er darin gerade Reste einer unzweifelhaft ächten Inschrift, die der Fälscher benutzt habe, erkennt. Dieses cap. hat schon Laboulaye als besonders anstößig hervorgehoben, und die Vertheidigung desselben hat dem Gegner Laboulaye's, Giraud, allerdings einige Schwierigkeit gemacht. Allein wenn alle anderen von dem Vf. angeführten Beweisgründe für die Unächtheit der Inschrift sich als hinfällig erwiesen haben, so ist das, was derselbe S. 20 über die angeblichen Absurditäten dieses cap. mit wenigen Worten bemerkt, gewiß nicht hinreichend, die Unächtheit der Inschriften zu beweisen, wenn wir damit die bisherigen Erklärungsversuche, insbesondre die gründliche Untersuchung von Giraud S. 123—158 (vgl. die krit. Ueberschau IV. S. 419 fg.) vergleichen, und dürfen wir jedenfalls als Resultat unserer Erörterung die Ueberzeugung aussprechen, daß in dem Streite über die Aechtheit der berühmten Inschriften, sofern er noch bestand, das Gewicht in der Wagschale, welche ihrer Verurtheilung sich zuneigt, durch die hier besprochene Schrift nicht um einen Gran-verstärkt worden sei, und daß diese, sofern man den Streit schon als beigelegt betrachten konnte, denselben einigermaßen leichtfertig wieder aufgeregt habe.

Was dem Vf. eigenthümlich ist, die Idee nehmlich, daß die Inschriften mit Benutzung einer verlorenen ächten Inschrift durch einen Gelehrten des 16. Jahrhunderts zwischen den Jahren 1530 bis 1570 fabricirt worden seien, das ist in der einen Beziehung, was den Endpunkt dieser Zeitbestimmung betrifft, durch obige Ausführung vollständig als nichtig dargethan. Kommen wir zum Schluß auch noch einmal auf die Combination zurück, auf welcher die Bestimmung des Anfangspunktes beruht.

Im Jahre 1516 war es, daß die Bürger von Malaga, entschlossen, ihre Stadt energisch zu vertheidigen, die Riesenkanone gießen ließen. Aber der kriegerische Enthusiasmus legte sich alsbald, als der Kardinal Ximenes sechstausend Mann Fußvolk und vierhundert Reiter in Eilmärschen gegen die Stadt anrücken ließ. Als diese nur noch zwei Tagesmärsche von ihr entfernt waren, fanden die Bürger es gerathener, sich darein zu ergeben, daß ihren vom Kardinal selbst als gegründet erkannten Beschwerden über die Uebergriffe des Admiralitätsgerichtshofes in friedlichem Wege Abhülfe gewährt werde, und der Kardinalregent konnte dem König Karl nach Belgien berichten, daß der Aufstand in Malaga beschwichtigt sei. Ist es nun wohl wahrscheinlich, daß vierzehn Jahre später ein Alterthumsgelehrter sich die Mühe gegeben, eine Rieseninschrift (un produit gigantesque) mit großer Sorgfalt und Sagacität zu verfassen und mit großen Kosten in Erz graben zu lassen und im Boden zu verbergen, nur zu dem Zwecke, um sie bald wieder hervorzuholen und durch die uralten Municipalfreiheiten der Stadt, nicht mehr dem großen Kardinal (denn dieser war schon 1517 gestorben), sondern etwa dem dermaligen Großadmiral von Kastilien, der schwerlich Verständnis dafür hatte, Respekt einzuflößen? daß er dann aber die Entdeckung des verborgenen Kunststücks dem Zufall überlassen habe, der erst nach Jahrhunderten so gnädig gewesen ist, es wieder an den Tag zu bringen? Und welchen Effekt hätten sie auch, rechtzeitig producirt, in dem erwähnten Streite haben können? Dieser war ja nur veranlaßt durch die Competenzconflikte zwischen dem Admiralgerichte und dem ordentlichen königlichen Richter in Malaga, welche zur Folge hatten, daß die Umgegend der Stadt durch strafloses Gesindel, Matrosen und Soldaten, belästigt wurde. Malaga war noch vor 30 Jahren eine maurische Stadt gewesen und hatte bis dahin über sieben Jahrhunderte lang unter maurischer Herrschaft gestanden. Welcher Stockgelehrte mochte sich einbilden, in diesen Verhältnissen einen praktischen Zweck zu fördern durch Vorlegung einer alten Inschrift, worin von duumviri und Decurionen, von Patroni und Praedes u. dgl. m. die Rede war? Wahrscheinlicher daher möchte man es finden, daß zu der Zeit, als die aufgeregten Malacitaner alle ihre Erzgefäße zusammentrugen, um das ingens tormentum daraus zu verfertigen, ein Liebhaber von Alterthümern, der glückliche Besitzer der alten Erz-

tafeln, ängstlich besorgt um diesen Schatz, dieselben wohlverwahrt im Schooß der Mutter Erde zu bergen beflissen war, um sie der Gefahr, ebenfalls jener zerstörenden Specification unterworfen zu werden, zu entziehen, und daß sie dort nun zufällig begraben blieben, wie mancher im dreißigjährigen Kriege geborgene Schatz erst in unsern Tagen wieder zu Tage gekommen ist, weil der, welcher ihn geborgen, verhindert worden, ihn wieder zu heben. Auf diese Weise wäre dann zugleich für die Eigenthümlichkeit des Fundes, welche man ebenfalls als Verdachtsgrund gegen die Aechtheit der Inschriften geltend gemacht hat, eine befriedigende Erklärung gefunden.

Mit dieser Bemerkung will ich die lange Erörterung schließen, die ich selbst als zu lang tadeln müßte, wenn es sich nicht um die Aechtheit von Denkmalen handelte, die zu den interessantesten gehören, welche wir besitzen, und um die Ehrenrettung unserer größten Gelehrten und scharfsichtigsten Alterthumskenner, als welche sich durch einen allerdings mit großer Geschicklichkeit ausgeführten Betrug, aber doch immer einen Betrug, der sogar nach der Ansicht unseres Gegners unfehlbar zu erkennen war, hätten täuschen lassen, wenn die Tafeln wirklich ein falsches Fabrikat wären. Nur das noch möge mir in Beziehung auf die Schlußbemerkung der Schrift zum Schlusse gestattet sein, den Wunsch auszusprechen, daß es deren Verfasser gefallen möge, den quellenmäßigen Nachweis beizubringen, welcher große Mann es war, der den berüchtigten Satz: „Der Zweck heiligt die Mittel" zuerst ausgesprochen hat. Er muß es wissen, denn die Schlußbemerkung lautet:

> „Son artifice est bien celui d'un parti vaincu, il est bien celui d'un contemporain et compatriote du grand homme, qui prononça le fameux adage: Le but sanctifie les moyens".

Wien, den 15. Dezember 1866.

Mommsen's Pandektenausgabe.

Anzeige von Rudorff.

Kaum drei Jahre sind verflossen, seitdem der Unterzeichnete den Lesern dieser Zeitschrift den Plan des großartigen Unternehmens vorführte, durch welches Theodor Mommsen die epigraphisch erhaltenen Urkundenschätze des römischen Alterthums auch für die Rechtswissenschaft erschlossen hat. Es waren die Rechtsurkunden der Republik bis auf Cäsar's Tod, welche in dem ersten 649 Seiten starken Foliobande des Corpus inscriptionum Latinarum gesammelt sind. Im dritten Bande dieser Zeitschrift 1863, S. 160—189, ist gezeigt worden, ein wie hohes, nicht nur allgemein geschichtliches, sondern auch rechtswissenschaftliches Interesse schon diese vorclassischen Ueberlieferungen erregen. Während des verhältnißmäßig kurzen und für die Fortführung des Inschriftenwerks anscheinend vollständig in Anspruch genommenen Zeitraumes, welcher seitdem verflossen ist, hat Mommsen's unerschöpfliche Arbeitskraft gleichwohl vermocht, ein zweites Werk zu schaffen, welches für die classische Periode der römischen Jurisprudenz, die vorchristliche Kaiserzeit, dem epigraphischen Corpus als ebenbürtiger litterarischer Begleiter zur Seite tritt. Dieser Doppelgänger ist kein geringerer als eine kritische Ausgabe der Justinianischen Pandekten.

Es liegen zwar bis jetzt erst drei Lieferungen in kleinem Lexiconformat vor uns; die erste enthält Justiniani Digestorum seu Pandectarum Libri I—X. Accedunt tabulae duae; die zweite umfaßt die Libri XI—XVII; die dritte (erst zwischen der Abfassung und dem Druck gegenwärtiger Anzeige ausgegeben) begreift die libri XVIII—XXIV. Die beiden ersten sind Berolini apud Weidmannos MDCCCLXVI, die dritte MDCCCLXVII erschienen. Titel, Vorrede und die Justinianischen Bücherverzeich-

nisse nebst den Einleitungspatenten fehlen zur Zeit noch, das erste Blatt enthält nur die Widmung Eduardo Boeckingio Adolpho Friderico Rudorff iuriconsultis philologis sociis collegis amicis d. d. Seite I—X folgt alsdann eine vorläufige vom 15. Mai 1866 datirte Angabe des Plans, des Apparats und seiner Benutzung, anstatt der vorbehaltenen Vorrede und unmittelbar daran schließt sich der Text der Pandekten. Gleichwohl kann sich Referent schon jetzt die Genugthuung nicht nehmen lassen, das wenn gleich noch unvollendete Werk den Lesern dieser Zeitschrift in seiner Aufgabe, seinen Mitteln und seiner Ausführung vorzuführen. Die Rechtfertigung dieser scheinbaren Anticipation liegt — abgesehen von der persönlichen Dankes- und Ehrenpflicht gegen den Herausgeber, welche der Antheil an der Dedication und der Wunsch, diese wenigstens nicht völlig unverdient empfangen zu haben, dem Unterzeichneten auflegt — in der unermeßlichen sachlichen Bedeutung des Gegenstandes, dem das Mommsensche kritische Unternehmen gewidmet ist.

Justinian's Digesten sind das Herzblut der gesammten romanistischen Jurisprudenz, was ihnen geschieht, rührt an den Angelpunct der ganzen Rechtswissenschaft, soweit diese von romanischen Culturelementen getragen wird. Dies tritt sogleich hervor, wenn man die Beseitigung der Digesten im frühern Mittelalter, namentlich in den canonistischen Sammlungen, und ihre Wiederbelebung culturgeschichtlich in's Auge faßt. In den dunkeln Jahrhunderten der Barbarei, von Gregor dem Großen bis Gregor dem Siebenten, waren die Pandekten und mit ihnen das classische Recht des Alterthums verschollen. Die Collatio, der Codex und Julian führten im Rechtsgebiet die unbestrittene Herrschaft. Während dieses Rechtszustandes war die Hierarchie der Kirche zur leitenden Weltmacht herangewachsen. Mit der beginnenden Hegemonie der Pandekten im Rechtsstudium, seit Ende des zehnten Jahrhunderts, bereitet sich der Umschwung vor. Der Justinianische Codex hatte noch kirchliche Ausgangspunkte gehabt, seine ersten Titel knüpften das Recht an die Trinität und Orthodoxie, an die Kirche, die Bischöfe und die bischöfliche Audienz an. In den Pandekten dagegen wurde es wie bei den Philosophen und Juristen des Alterthums wieder auf seine classischen Grundlagen, auf die Idee der Gerechtigkeit, auf den Ursprung des antiken Staats zurückgeführt. Die in ihrer Herrschermacht gefähr-

bete Hierarchie erkannte zwar sofort die Nothwendigkeit, das feindliche und freiheitliche Culturelement durch Aufstellung eines ebenbürtigen Gegners zu bekämpfen. Dem dreifachen Digestum wurde das dreitheilige Decret Gratian's, dem secundären Codex und den Novellen wurden die Decretalen entgegengesetzt. Der alte Satz ecclesia lege Romana vivit erschien thatsächlich aufgegeben. Aber trotz des auf diese Weise künstlich geschaffenen ius utrumque erwies sich das classische Recht des alten Rom's dennoch als das überlegene. In den Bewegungen der Humanisten und der Reformation brach es die Scholastik, wie es die Geldwirthschaft des Mittelalters überholte. Es wurde eins der Culturelemente der neuern Zeit und die Erziehung der modernen Rechtswissenschaft bis auf unsere Tage geht von ihm aus.

In diesem Sinne hatte der Unterzeichnete auf die Bedeutung der Mommsen'schen Arbeit bereits hingewiesen, ehe sie erschien. Die Veranlassung bot die neue (siebente) Ausgabe von Savigny's Recht des Besitzes (Wien 1865). Es wurde dort (S. 540) nachzuweisen versucht, in wie hohem Maße die in Mommsen's Aufsatz über die kritische Grundlage unsers Digestentextes (Bekker's Jahrbuch V, 1862, Num. 18 S. 447—449, besonders S. 428) angenommene ächte handschriftliche Grundlage des Digestum novum, auch auf die Besitzlehre einwirke, in welcher Savigny nach einem eben so reichen wie anscheinend entbehrlichen Apparat aus Vulgathandschriften und alten Drucken so vielfach argumentirt hatte.

Um so mehr wird jetzt, nachdem ein erheblicher Theil der neuen Ausgabe der Digesten fertig vorliegt, ein vorläufiges Urteil über das Unternehmen zulässig erscheinen.

I.

Es ist also vor Allem die Aufgabe ins Auge zu fassen, die der Herausgeber sich gestellt hat.

Diese besteht in zwei Stücken: 1) in vollständiger Mittheilung der vorhandenen Textüberlieferung, 2) in der Angabe der mittelalterlichen Textänderungen, die den Sinn modifiziren und in die gewöhnlichen Digestentexte vom 13. Jahrhundert ab Eingang gefunden haben. Es handelt sich also nicht sowohl um eigentliche Textconstitution, um möglichste Herstellung der ursprünglichen Hand der excerpirten juristischen Schriftsteller oder der Justinianischen Gesetzcommission, als vielmehr um umfassende

Darlegung der Ueberlieferungen, aus welchen im einzelnen Fall der Text zu constituiren ist. Mit Einem Worte: die Mommsen'sche Ausgabe der Pandekten verfolgt ähnliche Zwecke wie die Lachmann'sche Ausgabe des neuen Testaments.

Durch diese Begränzung der Aufgabe wird also dreierlei mehr oder weniger ausgeschlossen 1) die Exegese, 2) die philologische Textesconstitution nach den ermittelten eigenthümlichen Sprachgesetzen, 3) die Sammlung und Sichtung der von juristischer und philologischer Seite vorgeschlagenen Textverbesserungen. Für den Sprachgebrauch gab es so gut wie keine Vorarbeiten: die opuscula von Duker sind äußerst dürftig, zum Theil geradezu verkehrt: das Beste ist während der Arbeit und aus derselben erlernt, dann aber auch sofort verwerthet worden. Dagegen ist die constante und principielle Uebung eigener Kritik überall durchgeführt worden, wenn auch nicht ohne die Lücken, welche bei einer so umfassenden und dabei so unglaublich rasch geförderten Arbeit unvermeidlich sind.

Es wird nun zwar nicht an Solchen fehlen, welche die Ausschließung der Exegese und die Beschränkung der Emendationen bedauern, ja als einen wesentlichen Mangel tadeln werden. Diese mögen sich jedoch vergegenwärtigen, daß sowohl das Schrader'sche, als auch das Keller'sche Unternehmen an dem Mangel engerer Begränzung gescheitert ist, während Mommsen's Plan vor Allem die Vollendung verbürgt, demnächst aber einen Apparat schafft, mit welchem eine sicherere kritische Operation möglich ist, als mit dem dürftigen Gebauer'schen, oder den sonstigen planlos und unmethodisch zusammengerafften Surrogaten.

II.

Betrachten wir also diesen Mommsen'schen Apparat etwas genauer und zwar nach der geschichtlichen Folge seiner Bestandtheile. Diese sind nämlich 1) die Originalwerke, 2) die Handschriften ersten Ranges, 3) die griechischen Interpreten, 4) die Handschriften zweiten Ranges. Dagegen sind die von Blume entdeckten vier Massen der Fragmente nur am Rande mit S. E. P. A. (Sabinus, Edict, Papinian, Appendix), ihr Aufhören mit F. (z. B. S. f), ihre Versetzung in derselben Masse mit einem Sternchen hinter dem Buchstaben (z. B. S*) und ihre Umstellung in eine andere Reihe mit einem Sternchen vor dem Buchstaben (*S)

angedeutet. Für den Text hat diese Ordnung keine erhebliche Bedeutung.

Die älteren Quellen der Pandekten, die vorjustinianischen Originalwerke selbst, aus welchen die Compilatoren geschöpft haben, so weit sie in unmittelbarer Ueberlieferung, wie das S. C. Hosidianum und Volusianum, wie Gaius und Ulpian, oder in andern Excerptensammlungen, wie die Vaticanischen Fragmente und die Collatio, erhalten sind, diese Werke sind an den betreffenden Stellen mit Angabe der Abweichungen in die obern Noten aufgenommen. Eben so sind im Ganzen die Parallelstellen aus den Institutionen und die Geminationen behandelt. Man vergleiche beispielsweise L. 41. D. fam. herc. (10, 2) = L. 24. D. de iure patron. (37, 14) p. 318, 38. Für Paulus ist die Münchener Handschrift durch Halm verglichen, für die Collatio hat Mommsen eine eigene Vergleichung des Berliner (Pithou'schen) Codex benutzen können.

Allein diese Stellen sind theils nicht umfang- und zahlreich, theils nicht sicher, weil die alten Originalwerke zertrümmert und selbst die Bruchstücke dem Justinianischen Rechtszustande durch absichtliche Interpolationen angepaßt wurden.

Das wichtigste Element des kritischen Apparats sind deshalb erst die Pandektenhandschriften selbst, welche noch aus der Zeit des lebendigen Justinianischen Rechts herstammen und erhalten sind.

In erster Reihe steht natürlich die Pisana oder Florentina (F), welche seit der Bologneser Rechtsschule das eigentliche Fundament aller Pandektenkritik gebildet hat.

Die Florentina wurde herausgegeben von Lälius und Franciscus Torelli, Vater und Sohn 1553. — Die Ausgabe ist wunderbar correct, giebt aber in der Regel nur die Lesung erster Hand, nur in einzelnen Fällen ist am Rande die Lesung des Correctors, gewöhnlich F^2 angemerkt. Nachverglichen ist sie zuerst von Lorenz Theodor Gronov, dessen Collation sich in der Leydener Universitätsbibliothek befindet; sodann in Gemeinschaft mit dem Florentiner Salvini von Heinrich Brenkmann aus Rotterdam in den Jahren 1709 und 1710. Nach Brenkmann's gewaltsamem Tode kamen die Papiere, welche das Ergebniß seiner Nachvergleichung enthalten, in die Göttinger Universitätsbibliothek. Das Wesentliche der Brenkmann'schen Angaben wurde von Georg

Christian Gebauer 1776 in der Göttinger Ausgabe des Corpus Juris veröffentlicht, so daß von der durchgehenden Benutzung der Originalpapiere abgesehen werden durfte. Aber Brenkmann's Arbeit selbst genügte nicht, die geringeren Schreibfehler, die Nachträge und Correcturen, die Orthographie der Florentina sind theils gar nicht, theils ungenau angegeben. Schon Witte's Proben im Rheinischen Museum für Jurisprudenz 3 (1835) S. 80—89, obgleich nur wenige Seiten umfassend, beweisen, wie ungenau und unvollständig sowohl die Torelli wie Brenkmann zu Werke gegangen sind. Eine neue und bessere Collation der Florentina mußte hiernach für die Constituirung des Textes als das erste und dringendste Bedürfniß erkannt werden, wenn nicht gegen die oberste Regel jeder Textconstituirung gefehlt werden sollte, daß die maßgebenden Handschriften erschöpfend verglichen sein müssen. Wunderbarer Weise (oder auch nicht) hatte Schrader die Nachvergleichung der Florentina für unnöthig gehalten; er ließ nur einige Stellen in den Vorreden durch Zachariae nachsehen. Diese dritte Nachvergleichung ist nun von Kießling und Reifferscheid mit gleicher Beachtung der ersten Hand und der verschiedenen Correcturen in der Florentina ausgeführt worden. Sie hat wichtige Abweichungen von Brenkmann's Angaben in der Gebauer'schen Ausgabe zu Tage gefördert. Brenkmann hatte zwar in seiner historia pandectarum auch von dem zweiten Corrector gesprochen. Allein er hatte nur angegeben, daß, nicht wie und von wem corrigirt sei. Wie nothwendig aber diese Unterscheidung war, erhellt daraus, daß die jüngern Correcturen vom 9. bis zum 16. Jahrhundert reichen. Die Unterscheidung ist meist unzweifelhaft, da die ältern Correcturen, wie die Handschrift selbst, in Unzialen geschrieben sind. Wo etwa noch Zweifel blieben, sind diese durch die Gronov'sche Collation und wo auch diese noch nicht entschied, durch nochmalige Nachvergleichung der Florentina von Reifferscheid gelöst worden. Die Abweichungen der neuen Ausgabe von Brenkmann's Angaben beruhen mithin überall auf der gewissenhaftesten Prüfung. Der Gewinn ist ein dreifacher: Erstlich ist der Florentiner Text nun sicher constatirt. Zweitens ist für die wichtige und schwierige berühmte Streitfrage über die Abstammung der Handschriften zweiter Ordnung aus der Florentina durch die Feststellung der Correcturen eine neue Grundlage gewonnen. Drittens — und dies ist das Wichtigste — sind die

Emendationen zweiter Hand erst jetzt von der ersten gehörig abgesondert. Die Florentina ist nämlich gleichzeitig mit ihrer Entstehung aus einer uralten und vortrefflichen Pandektenhandschrift so vollständig durchcorrigirt worden, daß sie in der That eine Doppelhandschrift darstellt und der Text von den gewöhnlichen Fehlern der Abschreiber freier ist, als es bei andern Ueberlieferungen aus dem Alterthume der Fall zu sein pflegt. Gleichwohl ist auch die Correctur nicht von willkürlichen Interpolationen frei, welche die Entscheidung zwischen der ersten und zweiten Lesart nicht selten so erschweren, daß es gerathen schien, die endgültige Entscheidung bis an's Ende der Arbeit auszusetzen, wo sich der ganze Variantenapparat übersehen lassen wird. Die Regel, nicht ohne Noth von Einem Texte abzuweichen, reichte hier nicht aus, und der Herausgeber ist öfter als seine Vorgänger in der Lage gewesen, der zweiten Hand den Vorzug zu geben. Daß die Correcturen — mit Ausnahme des n in den Zahlwörtern wie vicensimus und mit Ausnahme der Bücherzahlen, über welche in der Vorrede im Zusammenhange gehandelt werden soll — vollständig angegeben sind, versteht sich von selbst. Die Zeichen, deren sich der Herausgeber bedient, um die verschiedenen Correcturen der Florentina gehörig zu sondern, sind folgende:

- F^a der ursprüngliche Text, wenn der Schreiber selbst corrigirt hat.
- F^b Emendationen erster Hand.
- F^1 der ursprüngliche Text, wenn der Corrector emendirt hat.
- F^2 Emendationen zweiter Hand.
- F^3 Emendation von anderer alter Hand.
- *F* Emendationen neuerer Hand aus der Zeit der Bologneser Rechtsschule.
- F^{ae} Ursprüngliche Florentiner Lesart vor der Emendation durch alte Hand, ungewiß ob des Schreibers oder Correctors.
- F^{em} Emendation der Florentiner Lesart durch ungewisse alte Hand.
- ‘ ’ weggestrichene Buchstaben von erster und zweiter Hand z. B. p‘ot’est F^b = potest von erster Hand in post verändert, p‘ot’est F^2 = potest von zweiter Hand in post umgeändert.
- ⊢ ⊣ Zusätze von Buchstaben durch erste, zweite oder andere alte Hand, je nachdem F^b F^2 oder F folgt.

? z. B. F^{b}? unsichere Lesung.

? z. B. $F^{b?}$ unsicherer Ursprung der Emendation. Die Fragezeichen beziehen sich übrigens überall auf den unmittelbar vorgehenden, nicht auch auf die frühern Buchstaben.

Quaternionen- und Blattzahlen der Florentina sind am Rande angezeigt (f).

Neben dieser einzigen Handschrift der ganzen Pandekten sind erst in neuerer Zeit Bruchstücke von Handschriften einzelner Theile des 10. und 45. Buchs aufgefunden worden, welche zwar von geringem Umfange, aber der Florentina ebenbürtig und durch ihre Abweichungen für die Kritik des Ganzen über Erwarten wichtig sind.

Im Jahre 1822 entdeckte Pertz in einem Neapolitaner Palimpsest (IV. A. 8), der aus Bobbio stammt und den Charisius, Servius, wie die älteste Gestalt der Papstbiographieen überliefert, vier ebenfalls rescribirte Blätter einer Pandektenhandschrift des siebenten oder achten Jahrhunderts (N), welche die L. 3—16. D. fam. heric. (10, 2), L. 23—29. D. comm. div. (10, 3) und L. 12, §. 5 — L. 19. D. ad exhibendum (10, 4) enthalten. Sie wurden von Gaupp nachlässig abgeschrieben und (1823) edirt, von Mayer (M) für Schrader (1824) mit der Gaupp'schen Ausgabe sorgfältig verglichen und endlich für die vorliegende Ausgabe theilweise von Kießling (K) und Zangemeister (Z) nochmals nachverglichen, so weit dieses der verzweifelte Zustand der Blätter und Schrift noch zuläßt, welcher durch die von Gaupp und Mayer angewendeten Reagentien nicht gebessert worden ist. Dem Abdruck p. 3* — 10* des Anhangs der Mommsen'schen Ausgabe ist die Mayer'sche Collation aus ms. n. 303 XVI. der Schraderiana in der Tübinger Universitätsbibliothek, die Kießling'sche Nachvergleichung und an drei Stellen Zangemeister's Recognition zum Grunde gelegt. Schriftproben sind p. 2* des Anhangs nach Mayer und Gaupp beigefügt. Zugleich ist nachgewiesen, daß die Blätter das innere Doppelblatt des sechsten und das erste und letzte Blatt des neunten Quaternio der Handschrift gebildet haben. So gering der Umfang dieser Reste einer uralten Pandektenhandschrift ist, so berichtigen sie doch an zwei Stellen eine Gemination und geben an sieben Stellen andere, wenn auch nur leichte Verbesserungen des Textes.

Eine zweite Zugabe (S) p. 11* — 16* des Anhangs besteht in den von Savigny (Heidelberger Jahrbücher 1812, S. 580, Geschichte des römischen Rechts 3, 471, ed. 2) entdeckten Bruchstücken einer Papyrushandschrift, welche der L. 35 — 44, L. 72. 73. D. de verborum obligationibus (45, 1) angehören. Die Herkunft derselben ist unbekannt, nach der Aufschrift „Joannes Gallus (Franck?) anno 1630" zu schließen, scheinen sie jedoch schon im 17. Jahrhundert in Deutschland gewesen zu sein. Gegenwärtig befinden sie sich in der Privatbibliothek des Grafen von Schönborn zu Pommersfelden bei Bamberg. Die sechs ersten gehörten den ersten sechs Blättern eines Quaterio, das siebente dem ersten Blatte des folgenden an. Alle sind stark beschädigt, nur einige enthalten noch den untern Rand. Daraus läßt sich die Zeilenzahl berechnen: es kommen etwa 30, von je 28 Buchstaben, auf die Seite. Die Bruchstücke wurden nach Ludwig von Jan's Abschrift zuerst von Zachariä von Lingenthal in Savigny's Zeitschrift 11 (1842) S. 239—267 veröffentlicht. Außerdem hat Mommsen noch eine Abschrift von Jaffé (1865) benutzen können, die aber nur die fünf ersten Bruchstücke, und auch diese noch mehr zerbröckelt, enthält, das sechste und siebente war augenblicklich nicht zu finden. Die sehr schöne Durchzeichnung, welche Ludwig Grimm für Savigny genommen, unter allen die älteste und daher vielleicht noch etwas vollständiger, war für den Augenblick noch nicht zugänglich. Savigny erklärte diese Ueberreste für älter als die Florentina, Jan setzte sie noch ins sechste Jahrhundert. Die griechischen Zahlzeichen könnten auf byzantinischen Ursprung hinweisen, wenn nicht die Randbemerkung regula (5, 17) entgegen stände. Gleich der Florentina ist die Handschrift sorgfältig corrigirt, die Zahlen im Text und den Inscriptionen sind ganz ausgeschrieben und auch sonstiger Abkürzungen scheint sie wenigere als die Florentina und Neapolitaner enthalten zu haben. Die Lesarten stimmen aber nicht überall mit der Florentina: in L. 36. D. de verb. obl. (45, 1) hat die Florentina suptilitati, Petrus subtilitati, unser Fragment 1, 27 suptilitate. Im Ganzen scheint der Text von S und F jedoch gleichförmig gewesen zu sein.

Ein drittes uraltes Fragment bildet der Pandektentitel finium regundorum (10, 1) in der Sammlung der Gromatiker. Er ist in zwei Handschriften aus dem neunten oder zehnten Jahrhundert überliefert. Die eine ist der seit 1689 in der Wolfenbüttler

Bibliothek (n. 105) befindliche, jetzt sogenannte Gudianus (G). Sie stammte aus der Bibliothek des Klosters S. Bertin in S. Omer, kam dann zuerst an Adrian Turnebus, dann an Paul Sciverius, darauf an Marquardt Gudius, von welchem jene Bezeichnung herrührt, da sie nach seinem Tode in keinen andern Privatbesitz übergegangen ist. Dieser Codex ist von Lachmann p. 276. 288 seiner Ausgabe der Gromatiker verglichen worden. Der zweite Codex ist der nahe verwandte Palatino-Vaticanus no. 1564 (PV). Diesen hat Kekulé für die gegenwärtige Pandektenausgabe collationirt. Der betreffende Pandektentitel ist vielleicht noch zu Justinian's Zeit von einem Agrimensor aus einer Pandektenhandschrift, die von F bedeutend abweicht, abgeschrieben. Sie zeichnet sich sowohl durch größere Vollständigkeit als Correctheit aus, denn die Varianten ergeben in dem kleinen Raum einer Quartseite p. 306—308 der vorliegenden Ausgabe nicht weniger als sechs Ergänzungen und sechs Verbesserungen. Gleichwohl hat keine unserer Handausgaben von dieser merkwürdigen Thatsache und Ueberlieferung Kenntniß genommen.

Andere Auszüge einzelner Pandektentexte bietet die abendländische Ueberlieferung im frühern Mittelalter nicht. In den Briefen Gregor's des Großen († 604) begegnet die letzte Pandektenstelle auf kirchlichem Gebiet, die L. 7, 3. D. ad legem Juliam maiestatis (48, 4), ein Beweis, daß selbst das später sogenannte Digestum novum in der Römischen Rechtsschule und Kirche noch gebraucht wurde[1]). Die spätern Urkunden und Sammlungen enthalten keine Pandektenstelle weiter; z. B. die lex Romana canonice compta benutzt nur die Institutionen, den Codex und Julian. Erst die Cäsaraugustana und eine andere Sammlung des elften Jahrhunderts, die von Ivo von Chartres († 1115) benutzte, in der schönen Berliner Handschrift Lat. fol. 107 (Savigny 3, 301) erhaltene Tripertita führen wieder die Digesten, vetus und novum, wörtlich an. Die Aretiner Urkunde von 752, die man für das Gegentheil allegiren könnte, gehört nach den Ausführungen von Witte (Rhein. Museum für Jurispr. 3 (1829) No. XXV. S. 458—467) und Merkel (Savigny, Gesch. des

---

[1]) Das Gegentheil würde freilich nur fünfzig Jahre nach der Einführung der Pandekten in Italien (Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii cap. 11) sehr befremdlich sein.

röm. Rechts 7, S. 66 f.) erst in den Anfang des zwölften Jahrhunderts. Eben so steht die Sache auf weltlichem Gebiet. Die Turiner Glosse, welche ungeachtet mancher Zweifel in der That in das frühere Mittelalter zu setzen ist (Savigny a. a. O. 7, 56 f.), enthält zwar Citate, aber keinen Text aus den Pandekten, die lombardische Rechtsschule des 10. und 11. Jahrhunderts kennt sie gar nicht. Endlich Petrus, der das Digestum vetus und novum wörtlich, wenn auch in sehr freier und abweichender Weise citirt, ist „wahrscheinlich“ nur in Handschriften nach dem Ende des zwölften Jahrhunderts erhalten und gehört nach den neuerdings von Giovanni Galvani (Savigny cit. 7, S. 52 f.) beigebrachten Gründen aus der Sprache und Geschichte des Delfinats anscheinend ebenfalls erst der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts an. Freilich geht jetzt Stintzing (Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland 1867 S. 75) wieder auf Savigny's frühere Meinung (Gesch. des R. R. 2, 145 f.) zurück, welche den Petrus ins elfte Jahrhundert setzt, weil er (I, 58 und 64) Gregor's VII. Verbot der Priesterehe (1074) noch nicht kenne. Dagegen ist aber zu erwägen, daß er als Legist nur mit dem Justinianischen Recht befaßt ist und daher von den Kirchengesetzen so wenig Notiz nimmt, wie dieses die accursische Glosse thut. Stintzing erwähnt übrigens in seinen merkwürdigen, wenn auch noch nicht völlig abgeschlossenen Untersuchungen über Petrus und dessen Anhänge a. a. O. S. 88 noch einen Auszug aus L. 2. D. de O. J. (1, 2) in einer Prager Handschrift mit eigenthümlichen, von der Vulgata und Florentina abweichenden Lesarten. Er bemerkt jedoch S. 550, daß diese Abweichungen lediglich aus der Absicht, nur eine Relation aus jener Stelle zu liefern, hervorgegangen und daher kritisch ohne allen Werth sind.

Dagegen kommen für die ganzen Digesten neben der Florentina und ihren Correcturen noch die Ueberlieferungen der byzantinischen Rechtsschule aus dem frühern Mittelalter, also vor Allem die Basiliken (B) und ihre alten Scholien (S) in Betracht. Daß den Verfassern derselben andere und vollständigere Handschriften als die Florentina zu Gebote standen, das beweisen die von Cujacius ergänzten Defecte in den Titeln de bonis damnatorum (48, 20) und de interdictis et relegatis (48, 22). Wo daher BS und F übereinstimmen, da haben wir in der Regel

den unzweifelhaften Justinianischen Text und die etwanigen Irrthümer sind auf Rechnung der Compilatoren und ihrer Quellen zu schreiben. Allein es fehlt dem Pandektentext in den Basiliken die wortgetreue Uebersetzung, das κατὰ πόδα, wie wir es im Codex durch Thaleläus besitzen. Wir haben für den Digestentext nur freie Behandlungen, nämlich theils den kürzern Index des Anonymus (Julian) unter Justinus II. (565—578), der κατ' ἐπιτομήν, aber μέσῃ τάξει gearbeitet ist, theils die breitere Paraphrase (τὸ πλάτος) des Stephanus, jenen im Text der Basiliken, diesen in den Scholien. Dazu kommt, daß ein großer Theil des Basilikentextes verloren und aus den spätern Bearbeitungen nur nothdürftig restituirt ist, wie denn die Zahl der Basilikenhandschriften schon zu Balsamon's Zeit so gering war, daß man nicht einmal zu Alexandria eine Handschrift hatte[2]). Endlich kommen unter den Scholien nur die alten in Betracht, vor allen die Excerpte aus dem Index des Dorotheus, also eines Mitarbeiters, der noch die Originalwerke benutzen konnte, und des Stephanus, der wenigstens ältere Handschriften kannte als die Florentina[3]). Dagegen sind die neuern Scholien ganz werthlos. Durch alle diese Thatsachen ist große Vorsicht geboten, um nicht durch die Erfindungen der Griechen den Text zu verderben statt ihn zu verbessern. Mommsen hat daher auf eine erschöpfende Benutzung der Griechen in kritischer Hinsicht verzichtet und sie nur entscheiden lassen, wo die erste und zweite Hand der Florentina einander widerstreiten, denn gegen die schwache Auctorität der Bononiensis oder gar der Haloandrina bedurfte es für die Florentina der Unterstützung der Byzantiner nicht. Wo dagegen umgekehrt die Vulgathandschriften und die Griechen gegen die Florentina zusammengehen, ist dieses überall sorgfältig angemerkt. Eben so sind die verschiedenen griechischen Versionen zur Ergänzung der Lücken oder Heilung der Corruptelen in der Florentina herangezogen. Außer der Heimbach'schen Basilikenausgabe nebst Zachariä's Supplement ist noch die Epitome in Zachariä's Jus Graeco-Romanum II. (1856) p. 265 f. (Ep.) und die Schrift

[2]) Vgl. Heimbach Bd. 4 S. 299 dieser Zeitschrift.

[3]) Die Scholien beider sind abgedruckt und mit der Kriegel'schen Ausgabe verglichen bei Heimbach 2 S. 341 f. 365 f. dieser Zeitschrift. Sie sind wichtiger als der Text selbst, da der Anonymus oder Enantiophanes (wahrscheinlich der Antecessor Julian) nur ein Schüler des Stephanus war.

über die Zeitabschnitte (*Pon*) nach Zachariä's Ausgabe (1836), jedoch ohne sonderlichen Nutzen zu Rathe gezogen worden.

Dieses also sind die Grundlagen ersten Ranges, welche für die Pandektenkritik heute noch übrig sind. Es folgen die secundären Handschriften seit dem neunten Jahrhundert. Es sind folgende fünf:

R ist die aus der Pithou'schen Sammlung zu Rosny im Jahre 1837 der Königlichen Bibliothek zu Berlin erworbene Handschrift Lat. fol. n. 269 aus dem neunten Jahrhundert, welche den Schluß der Institutionen und unmittelbar darauf den Anfang der Pandekten enthält, welcher letztere von L. 1 D. de iustitia et iure (1, 1) bis L. 24 D. de statu hom. (1, 5), dann L. 8 D. de his qui sui (1, 6) bis L. 3 D. de adopt. (1, 7) erhalten ist. Diese in ihrer Art einzige Verbindung stammt anscheinend noch aus der Justinianischen Studienordnung, nach welcher im ersten Jahre die Institutionen und die Prota der Pandekten vorgetragen werden sollten. Die Handschrift mag deshalb auf die ersten vier Bücher beschränkt gewesen sein und die Weglassung des Bücherverzeichnisses wie der Einleitungspatente könnte ebenfalls mit diesen Unterrichtszwecken zusammenhangen. Ebenso sticht das Griechische durch Vollständigkeit und Correctheit der Ueberlieferung von der Glossatorenzeit ab.

P bezeichnet die Pariser Handschrift n. 4450 aus dem Ende des elften oder dem beginnenden zwölften Jahrhundert, folglich gleichzeitig mit Irnerius († nach 1118). Sie hat ein vollständiges Florentiner Titelverzeichniß zwischen dem 9. und 10. Buch fol. 102. 103. (Savigny, Geschichte des röm. Rechts 3, 453), sie zeigt fol. 246ᵛ—252ʳ die Blätterversetzung im 23. Buch in ihrer ursprünglichen Gestalt einer Umsetzung der beiden inneren Doppelblätter einer Lage, durch welches Versehen Blatt 2, 1, 4, 3 einander folgen, sie bricht mit den Worten experiri patrem mitten in einem Satze der L. 2. §. 2. D. sol. matr. (24, 3) ab, allein diese Stelle ist erst von zweiter Hand hinzugeschrieben, die erste Hand schließt mit Ulpianus lib. XXX mitten in der Inscription. Das Griechische ist besser erhalten als in den übrigen Handschriften zweiter Ordnung.

V ist der Vaticanus n. 1406 Ende des elften oder Anfang des zwölften Jahrhunderts und der vorigen so ähnlich, daß beide eine gemeinsame Grundlage haben müssen. Das Griechische ist leidlich.

L ist der Codex 873 der Leipziger Universitätsbibliothek, der älteste Theil im zwölften Jahrhundert incorrect geschrieben, das Uebrige erst aus dem dreizehnten.

U = Codex n. 941 der Universitätsbibliothek zu Padua aus dem zwölften Jahrhundert.

Unter diesen Handschriften sind allein P und U vollständig, in V fehlen Buch 7. 11. 12. 15. 20. 21 wenigstens theilweis, in L besteht der älteste Theil nur aus Buch 3—15. 22—24, R hat, wie bemerkt, nur Stücke des ersten Buchs.

P war bereits von Kausler, V von Blume für Schrader verglichen, die letztere Collation hat Mommsen in n. 303 XIII der Universitätsbibliothek zu Tübingen benutzt und die Titel de hereditatis petitione (5, 3—6) sind außerdem noch von Keкulé nachverglichen. R P (abermals) L und U sind von dem Herausgeber selbst hier in Berlin collationirt.

Schriftproben von R P L und U geben die angehängten Tafeln. Es sind dazu die L. 4. D. de const. princ. (1, 4), L. 68. D. de proc. (3, 3) und L. 56. §. 1. L. 69. §. 7. D. de iure dot. (23, 3) gewählt worden, weil durch die erste die Behandlung des Griechischen, durch die letzten die Blätterversetzung veranschaulicht wird, während die zweite Stelle für das schwierige Verhältniß der Vulgathandschriften zu der Florentina und den Griechen merkwürdig ist, da sie einen der seltenen Fälle enthält, in welchen selbst die vereinte Auctorität der letztern, gegen die aufgestellte Regel, nach der Ansicht des Herausgebers der bessern Lesart der erstern gleichwohl weichen muß.

Diesen Handschriften zweiter Klasse fehlen (mit Ausnahme von P, die das Titelverzeichniß hat) die sämmtlichen Prämittenda der Digesten und das Griechische zeigt successiven Verfall abwärts von R zu PV und von diesem zu L U. Vollständige Inscriptionen haben noch alle. Dagegen hat die ursprüngliche Lesart bis auf einzelne Spuren bereits dem in Bologna zurecht gemachten Canon weichen müssen. Jene Spuren sind durch die Bezeichnung *def* P^a u. s. w. notirt. Die Lesart des Parisiensis ist durch P, und wo an derselben corrigirt worden, durch P^a bezeichnet. Es steht überall, wo größere Rasuren in *P* vorkommen, mögen nun Versehen des Schreibers oder Interpolationen die Correctur veranlaßt haben. Der Fehler besteht gewöhnlich in einer Lücke, die man am saubersten dadurch auszufüllen suchte,

daß man mehrere Zeilen ausradirte und den wegradirten wie den ergänzten Text mit engerer Schrift in die Rasur einschob. Emendationen derselben oder späterer Hand sind durch das Zeichen P^b von der ursprünglichen Lesart P^a unterschieden, zweite und fernere durch P^c u. s. w. Abweichungen der ersten Hand sind nur zwischen RP angemerkt und selbst hier mit Ausnahme der bei dieser Klasse schon gleichgültigen Orthographie. Die Handschriften VLU sind nur herbeigezogen, wo F und RP von einander abweichen oder P erster Hand fehlt; wenn dagegen FRP übereinstimmen, oder, wo R aufhört, nur F und P, so sind die jüngern Texte unberücksichtigt geblieben. Darauf bezieht sich die Bezeichnung in der unter dem Texte stehenden notitia der Handschriften (VLU) in Klammern, durch welche bezeichnet werden soll, daß sie nicht verglichen sind. V, wofür nur Blume's Collation vorlag, ist nur in besondern Fällen angeführt, d. h. aber überall da, wo die Collation nicht schweigt, so daß aus dem Stillschweigen keine Schlüsse gezogen werden dürfen.

Eine Handschrift mit vorbolognesischem Vulgattext aufzufinden, hat leider nicht gelingen wollen, da R wegen des geringen Umfangs und Petrus als ein erst dem zwölften Jahrhundert angehörender Schriftsteller [4]) den Mangel einer vollständigen Vulgathandschrift des elften Jahrhunderts nicht ersetzen kann.

Indessen reichen schon die gedachten fünf ältesten Handschriften der Zwischenperiode glücklicher Weise aus, um ganze Klassen späterer Auctoritäten in ihr Nichts zerfallen zu lassen. Dahin gehört 1) der Magister Vacarius um 1149, dessen Lesarten schlechter sind als die ältesten Bologneser; 2) die unzähligen, überall zerstreuten jüngern Handschriften; 3) alle alten Ausgaben, die Haloandrina 1529 nicht ausgenommen. Was diese drei Kategorieen Eigenthümliches haben, beruht auf zwei Elementen: entweder 1) auf wiederholten Vergleichungen von F, die im Mittelalter zuerst als Randglossen ex Pisana auftreten, seit dem 13. Jahrhundert aber in den Text kommen, nachdem das Digestum vetus als liber ordinarius der Schule von Bologna bereits anerkannt war, 2) auf Conjecturen und Irrthümern. Diese massen-

[4]) Im Digestum vetus hat er schon unvollständige und dagegen im Digestum novum noch vollständige Inscriptionen (Bekker's Jahrb. 5 (1862) S. 443), die Excerpte sind nur theilweise wörtlich und selbst in diesen ist die Behandlung eine sehr freie.

haften Elemente des Apparats erfreuen sich bekanntlich bei den heutigen Juristen des allergrößesten Ansehens. Mommsen, welcher, eben so sehr philologisch wie juristisch geschult, sich mehr auf die ältesten als die jüngsten Zeugnisse verläßt, hat ohne Bedenken die ganze Klasse tertiärer Ueberlieferungen als *dett.* = deteriores und die gedruckten als *edd.* = editiones characterisirt und zusammengefaßt. Die Verehrer der erwähnten Kostbarkeiten im juristischen Lager berufen sich freilich darauf, daß den alten Drucken verlorene oder gar absichtlich vernichtete Handschriften zum Grunde liegen. Allein den einigermaßen diabolischen Beweis dieser Behauptung, welchen sie bis jetzt schuldig geblieben sind, erklärt der Herausgeber erwarten zu wollen. Um jedoch mittler Weile durch einen anticipirten Gegenbeweis darzuthun, wie es mit dem beliebten Zopf beschaffen sei, produzirt er im Anhang p. 17*—34 eine Probevergleichung der Pandektentitel 5, 3—6 über die Erbschaftsklagen, deren Beschaffenheit folgende ist. F und P sind angeführt, wo sie mit den hier verglichenen tertiären Varianten connex sind, von P V L U ist hier auch die zweite Hand vollständig angegeben. Damit sind verglichen

T = Turiner Handschrift F II. 14 ehemals 333, zwölftes Jahrhundert, über das gewöhnliche Ende des Digestum vetus hinaus bis L. 5. §. 13. D. de agnosc. lib. (23, 3) zu Ende eines Quaternio reichend, mit fast vollständigen Inscriptionen.

Q. Pariser Handschrift n. 4465 aus dem 13. Jahrhundert.

C. Ehemals im Besitz von German Colladon, dann von Meermann, dann von Keller, jetzt von Mommsen. Sämmtliche 50 Bücher mit fast vollständigen Inscriptionen.

D. Berlin. Lat. fol. 14 aus dem 14. Jahrhundert mit Accursischer Glosse.

E. Berlin. Lat. fol. 15. 14. Jahrhundert mit Accursischer Glosse nur zur Bestätigung der Bologneser Lesart verglichen, ohne Angabe ihrer eigenthümlichen Fehler.

K. Ausgabe des Digestum vetus. Nürnberg, Koberger 1482.

H. Digesten von Haloander 1529, am Rande mit H^b bezeichnet.

PLCDEKH sind von Mommsen selbst in Berlin verglichen, V von Blume und Kekulé, U von Krueger, T von Krueger und Schrader, Q von Kausler.

Die Ergebnisse sind so disponirt, daß sich 1) die Schreib-

fehler und Eigenthümlichkeiten von der ordentlichen Lesart des Zeitalters leicht unterscheiden lassen, 2) daß sofort einleuchtet, was Irnerius und die vier Doctoren vorfanden, was durch wiederholte Vergleichung aus F oder durch Conjectur dazu kam, wie also stufenweise die Lesart des Accursischen Zeitalters in DEK entstanden ist; endlich 3) daß man sogleich erkennen kann, was Haloander aus Koberger beibehalten und was er aus Q oder ähnlichen Handschriften oder aus seiner unvollkommenen Kenntniß der Florentina oder aus eigener Erfindung zugesetzt hat.

Das also ist Mommsen's Apparat. Was aber das Urteil über die von ihm getroffene Auswahl betrifft, so kommt Alles auf die Frage an, ob Mommsen's Dreiklassensystem auf richtigen und sichern Prämissen beruht.

In Betreff der Handschriften dritter Klasse wird dies vielleicht auch im juristischen Lager zugestanden werden, wenn man sich nach einiger ernstlichen Probebeschäftigung mit dem Variantenschutt des Pandektentitels de hereditatis petitione überzeugt haben wird, daß die Goldkörner, welche darin zu finden sind, der Florentina und den ältesten Vulgathandschriften angehören, die Abweichungen aber entweder auf der Nachlässigkeit der Abschreiber oder verkehrter Beflissenheit der Juristen beruhen.

Um so schwieriger ist es dagegen, die Stellung der secundären ältesten Vulgathandschriften zur Florentina zu übersehen.

Mommsen hat darüber bis jetzt Folgendes aufgestellt:

Erstlich: das Digestum novum von Tres partes L. 82. D. ad legem Falcidiam (35, 2) ist, wie schon Contius annahm, einzig und allein aus der Florentina genommen. Die Beweise für diese Meinung hat Mommsen in Bekker's Jahrbuch 5 (1862) S. 428 — 430 in überzeugender Weise geliefert und ich selbst habe dieselbe in der Besitzlehre, welche dem 41. und 43. Buch, also dem Digestum novum angehört, durchgängig bestätigt gefunden [5]). Für diese Theile würde also die Einwirkung anderer

---

[5]) Savigny, Besitz. 7. Auflage. S. 540. Note 2. Die bedenklichste Stelle ist L. 1. §. 45. D. de vi (43, 16), wo das qui non possidet der Vulgathandschriften trotz der Auctorität der Florentina und des Dorotheus beim ersten Anblick beinahe unanfechtbar scheint. Dennoch ist auch dies nur ein Einschiebsel, welches entstanden ist, weil man den Zusammenhang mit dem Interdictsformular

Urhandschriften so lange **nicht** angenommen werden, als nicht aus genauerer Prüfung der ältesten Vulgathandschriften künftig das Gegentheil erhellen wird [6]).

Zweitens. Im Bereich des Digestum vetus (welches für jetzt noch allein in Betracht kommt) stellt Mommsen über die Stellung von PVLU — denn R bleibt des geringen Umfangs wegen außer Frage — zu F folgende Sätze auf:

1) Sämmtliche bessere Secundärhandschriften haben nur Eine (verlorene) gemeinsame Quelle (Z). Beweise: 1) die übereinstimmenden zahllosen Corruptelen, 2) die Blattversetzung im 23. Buch, die in allen vier Handschriften wiederkehrt (vgl. Tafel 2). Da die Benutzung der Florentina erst allmälig eintritt und fortschreitet, so folgt, daß der Text der Urhandschrift um so reiner erscheint, je weiter das Alter der Handschriften zweiter Klasse zurückreicht: weshalb PVL jenen Text reiner geben als U, die sich der Florentina schon mehr annähert.

2) Der verlorene Codex Z war aus der Florentina abgeschrieben. Beweis: 1) die Lücken von F, welche in G und N ergänzt sind, finden sich in allen Secundärhandschriften, dagegen keine einzige Ergänzung aus G und N. 2) Die Fehler der Florentina finden sich wieder und zwar in um so höherem Grade, je älter und besser die Handschriften zweiter Klasse sind [7]). 3) Die fehlerhaften Correcturen in F sind in den ältesten Vulgathandschriften wiederholt [8]), umgekehrt dagegen die richtigen Correcturen

---

de vi armata nicht erkannte, vgl. Zusatz Num. 42. S. 623 und S. 726 des Anhangs.

[6]) Die Gründe, welche Savigny (Geschichte des R. R. 3, §. 177) für die entgegengesetzte Abstammung anführt, sind nicht entscheidend. Die seltenen Ergänzungen aus der Communis (S. 459. S. 484 unter A) beweisen eben so wenig, als die zahlreichen Ergänzungen aus der Florentina (Anhang S. 740—760). Erstere sind unächt (Bekker's Jahrb. 5, 426. 427), letztere können aus einer vorbolognesischen Benutzung der Pisana stammen, für welche Raum genug vorhanden ist (Savigny 3, S. 97, Note 6).

[7]) Beispiele: L. 19. §. 2. D. comm. div. (10, 2) iuris separatim statt separati F, *κεχωρισμένον τὸ ἑκάστου δίκαιον* B (Anon.); L. 41. in fin. D. de reb. cred. (12, 1) dominica coleretur deberi idem FPU, eingeklammert und gestrichen $F^b U^b$.

[8]) Beispiele: L. 18. D. de servit. (8, 1) 252, 5 F^1 PAULVS libro trigensimo primo quaestionum PAPINIANI notat, F^2 und PLU papinianus, V papinianus; L. 25. D. comm. div. (10, 2) 329, 10 F^1 quinque milia praestare F^2 quinque praestare, eben so PVU.

mit der ursprünglichen Lesart zusammengeschmolzen [9]). 4) Einer der schlagendsten Beweise endlich, daß dem Schreiber von Z die Florentina vorgelegen hat, ergiebt sich aus L. 9. §. 1. und L. 10. pr. D. de iure dotium (23, 3). In letzterer Stelle hatte der Schreiber der Florentina aus Versehen die Worte utitur, eveniet enim si aestimata sit et ea mulier ausgelassen. Der Corrector trug sie am Schluß der vorhergehenden Seite nach, welche mit den Worten dominium invito aufhört, der Schreiber von Z glaubte, sie gehörten hierher und so stehen sie nun in PVLU in der That an der unrichtigen Stelle zwischen dominium invito und eo fatendum est in L. 9. §. 1, während sie am richtigen Orte in L. 10. pr. D. eodem fehlen. Diese Thatsachen könnten nun auf den Gedanken führen, mit der ganzen zweiten Handschriftenklasse kurzen Prozeß zu machen und sie sämmtlich über Bord zu werfen. Allein dann würde das Kind mit dem Bade verschüttet. Denn andererseits fehlt es nicht an zahlreichen Beweisen, daß umgekehrt die Handschriften zweiter Klasse die Florentina verbessern, ergänzen, bestätigen und hierin auf merkwürdige Weise durch die byzantinische Schule unterstützt werden [10]).

---

9) Beispiel: L. 19. §. 2. D. comm. div. (10, 3) 328, 5 F in eam locum via no' impensa (B S *ἀναλώματα γένηται περὶ τὴν ὁδόν)* P in eum locum via nos impensa VL^b U in eum a nobis impensa L^a in eum locum an virum (?) impensa.

10) Eine Zusammenstellung giebt Savigny 3, 454 Anm. c und 455—460, eine Prüfung und Ergänzung derselben Mommsen in Bekker's Jahrb. 5, S. 419—422. Hier genügen die folgenden Beispiele: 1) aus den drei ersten Büchern, wo die eckigen Klammern am untern Rande weggelassen sind, obgleich die Ausbeute nur gering erscheint: 78, 19. L. 14. D. de transact. (2, 15) id observandum de aere alieno quod inter eos convenisset, bestätigt durch B (Julian) und BS (Stephanus und Cyrillus); 94, 31. novare L. 58. D. de proc. (3, 3); und L. 18 (19) D. de neg. gest. (3, 5) si postea habuit B *ὕστερον δὲ εἶχεν* 103, 20, wo jedoch P (Z) noch solvere debet sibi postea hatte. 2) Aus Buch 4—16.. L. 10. §. 7. D. q. m. usufr. (7, 4) 327, 1 diruta et ex isdem cementis tignisque fuerit restituta PVLU; L. 36. §. 1. D. ad legem Aquil. (9, 2) 289, 11 extiterit heres, non habebit Maevius; L. 5. §. 1. D. de his qui eff. (9, 3) 296, 13 sive non nocuit. Si id quod positum erat; L. 29. D. de nox. act. (9, 4) 303, 12 potest noxale iudicium, verum habenti; L. 9. §. 8. D. de reb. cred. (12, 1) 359, 10 numeret. Alle diese Zusätze werden durch B (Anon.) und BS (Stephanus) bestätigt. 3) Eine eigenthümliche Bewandtniß hat es mit Buch 17. p. 489. 494. Hier ist F von fol. 145—250ª nicht corrigirt, daher haben PVU hier zahlreichere Emendationen: z. B. 489, 1 (bis) 12. 14. 29. 35; 490, 10. 12. 14. 15. 35.

Es bleibt deshalb nur die Annahme übrig, daß die verlorene Handschrift Z zwar aus der Florentina abgeschrieben, später aber aus einer Urhandschrift (Y) gleichen Werthes verbessert worden ist, von welcher wir durch PVLU einige Kenntniß erhalten. Besonders wird dies bestätigt durch diejenigen Stellen, in welchen der Prototyp Z der Pariser Handschrift noch beide Lesarten gehabt haben muß, die Florentina und daneben oder darüber die Lesart der andern Urhandschrift (Y), z. B. durch L. 49. D. mandati (17, 1). In dieser Stelle muß nämlich in Z noch mandati agere (F) und daneben schon mandati eum non teneri sed contra mandati agere (Y) gestanden haben, denn P[a] hat mandati ag eum non teneri u. s. w. Der Schreiber setzte also an, agere zu schreiben, strich es aber wieder aus um die zweite Lesart von Y an die Stelle der Florentinischen zu setzen.

3) Die Handschriften zweiter Klasse haben übereinstimmende Interpolationen[11]). Diese müssen also schon in der gemeinschaftlichen Quelle Z, die spätestens in den Anfang des elften Jahrhunderts zu setzen ist, vorhanden gewesen sein. Als die ältesten Zeugnisse der beginnenden wissenschaftlichen Interpretation lange vor Irnerius sind sie interessant genug, allein den Handschriften zweiter Klasse rauben sie ihre selbständige Autorität.

Aus dieser Beschaffenheit der Handschriften zieht Mommsen den Schluß:

1) Die Uebereinstimmung der Secundärhandschriften verstärkt weder die Florentina überhaupt, noch die erste oder zweite Hand derselben.

2) Die Abweichungen jener Handschriften beruhen zum Theil auf Nachlässigkeiten oder Interpolationen vorirnerischer Abschreiber

38; 491, 10. 19. 28. 29; 492, 7. 12. 37. 40; 494, 9. 10. 17; 501, 6. In 494, 10 (L. 49. D. mandati 17, 1) folgt P[a] (Z) nach der Florentina (F), in den übrigen Fällen scheint diese ganz zur Seite gelegt zu sein. Daher sind die Klammern hier wieder weggelassen.

[11]) Beispiele: L. 17. D. de statu hom. (1, 5) 16, 33. 34: für in orbe Romano ἐν τῷ κύκλῳ τῷ Ῥωμαϊκῷ FR und BS (Steph.) haben PVU in urbe Romana, für imperatoris: divi. In L. 17. D. ad legem Aquil. (9, 2) 281, 29 schalten sie aus L. 34. 35 eod. einen ganzen Satz ein. In L. 1. D. de R. C. (12, 1) 357, 5 und in L. 18. §. 2. D. de P. C. (13, 5) 399, 14 wird aus dem nicht verstandenen e re in PVLU bene, nur P[a] hat in here das Richtige erhalten. In L. 5. §. 1. D. de iureiur. (12, 2) 363, 26 schalten PU[b] *non* ein.

der Florentina und haben daher nur in den seltenen Fällen Gewicht, wo sie durch die griechische Ueberlieferung unterstützt werden.

Der Herausgeber hat daher geschwankt, ob er nicht den Ballast der Secundärhandschriften ebenfalls verwerfen sollte, da der Gebrauch des Codex Y selbst im Digestum vetus nur äußerst sporadisch nachweisbar ist. Allein wegen des alten Streits über den selbständigen Werth der Vulgathandschriften (Savigny, Gesch. des R. R. 3, S. 449 f.) schien es gerathen, wenigstens Eine derselben vollständig aufzunehmen, damit Jeder selber urtheilen möge, und nur, wo sie sämmtlich nichts Erhebliches liefern, ihre Anfangsbuchstaben am untern Rande sämmtlich in Klammern zu setzen [P(VLU)]. Jener Vorzug aber konnte nur der Pariser n. 4450 zuerkannt werden, da diese nicht nur an unzähligen Stellen, an welchen die übrigen allen möglichen Interpolationen zugänglich sind, noch mit der Florentina stimmt, sondern wenigstens bisweilen gegen die Florentina den ursprünglichen richtigen Text der Urhandschriften allein bewahrt hat [12]). Daher ist da, wo P wichtiger und selbständiger wird, die Klammer um P weggelassen; so, wie bereits bemerkt wurde (Note 9) im ersten, zweiten, dritten und siebenzehnten Buch, wo P(VLU) oder P(VU) am untern Rande steht. Ja, wo F und P übereinstimmen, sind sogar die Abweichungen von VLU unberücksichtigt geblieben. Da-

---

[12]) Mommsen führt als Beleg an: L. 68. D. de proc. (3, 3). IDEM libro tertio responsorum. Quod procurator ex re domini mandato non refragante stipulatur, inuito procuratore dominus petere *non* potest. P[a], bestätigt durch B (Anon.) *ἄκοντος αὐτοῦ ὁ δεσπότης ἀπαιτεῖν οὐ δύναται* und BS (Steph.) *οὐ δύναται κινεῖν ὁ δεσπότης παρὰ γνώμην αὐτοῦ*. FP[b] VLU haben petere potest. Die Stelle ist sogar unter die Schriftproben aufgenommen (Taf. 1). Nach L. 13. §. 25. D. de act. empti (19, 1), L. 31. pr. D. de neg. gest. (3, 5), L. 19. pr. D. de inst. act. (14, 3) scheint es jedoch kaum zu bezweifeln, daß Papinian selber nur petere potest geschrieben hat. Die Negation beruht auf einer nicht glücklichen Correctur, deren Urheber nur die Regel alteri stipulari non possumus, nicht aber die utilis actio gegenwärtig hatte. Von besondern Ansprüchen des Procurators wie in L. 30. D. de proc. (3, 3), die den Widerspruch begründen könnten, ist hier keine Rede. Aber jenes Einschiebsel kann allerdings schon vor Justinian im Schulgebrauch der Papinianischen Responsen während des dritten Studienjahrs entstanden sein, und unter dieser Voraussetzung würde sich die Aufnahme des non rechtfertigen lassen, da es nur um den Justinianischen Text, nicht um die ursprüngliche Gestalt seiner Grundlage zu thun war: nur hätte die Abweichung der letztern wohl in einer Note angemerkt werden können.

her werden diese Handschriften am untern Rande nur in Parenthese angeführt (VLU). Nur in den Beilagen sind ihre Lesarten zu den Titeln über die Erbschaftsklagen vollständig aufgeführt. Durch diese Reduction erreicht der Herausgeber den doppelten Vortheil vollständiger Erschöpfung Einer Handschrift und vollständiger Ausschließung des unnützen Variantenballastes aller übrigen, welches Letztere bei einem Texte von dem Umfange der Pandekten ein nicht zu unterschätzender Gewinn ist.

So weit Mommsen. An Gegenargumenten wird es voraussichtlich nicht fehlen.

Man wird ihm von juristischer Seite entgegenhalten, daß die Bologneser Juristen gerade umgekehrt die Pisana als den jüngern Einschlag in den älteren Aufzug der littera vetus, antiqua, communis bezeichnen (Savigny 3, 460. 484). Allein dieser Umstand macht hier noch weniger Schwierigkeit als bei dem Digestum novum (Note 6), da für die Bologneser Urhandschrift des Digestum vetus die ausschließliche Abkunft aus der Pisana gar nicht behauptet wird (Bekker's Jahrb. 5, S. 433 f.).

In Betreff der vorbologneser Handschriften wird man sich ferner darauf berufen, daß R, die an Z jedenfalls am nächsten hinanreichende Berliner Handschrift des zehnten Jahrhunderts, sämmtliche Präliminarverordnungen der Florentina ausläßt, ja daß selbst P nur das Titelverzeichniß und auch dieses an der unrechten Stelle liefert. Allein jene Verordnungen hatten kein praktisches Interesse, die Sprache war theilweise griechisch, überdieß standen sie im Codex 1, 17: Gründe genug, sie im Eingang der Pandekten wegzulassen. Da nun R mit F im Uebrigen ziemlich Hand in Hand geht (vgl. Hänel in den Leipziger Berichten 1850 S. 83 f.), so hat auch dieses Gegenargument kein sonderliches Gewicht.

Endlich wird man geltend machen, daß die Urhandschriften der Pandekten und der übrigen Rechtsbücher die waren, welche Justinian nach der Sanctio pragmatica c. 11 an die Römische Rechtsschule gesandt hatte, und daß Mommsen genöthigt sei, die Ueberlieferung dieses Ursprungs bei Odofredus (Savigny 3, 427 f.) für „Kathedergeschwätz" zu erklären (Bekker's Jahrb. 429. 444), obgleich sie namentlich durch die Ueberlieferung des Julian (novella) sehr unterstützt zu werden scheint. Allein derselbe Odofred behauptet auch für die Pisana eine gleichzeitige Uebersendung

aus Constantinopel (Savigny 3, S. 97, Note b). Andererseits aber weist Mommsen mit gutem Grunde auf die gallische und spätere byzantinische Rechtsüberlieferung hin (Bekker's Jahrb. 5 (1862), S. 423. 444). Es bedarf also nicht einmal der Annahme, „daß in irgend einer romanischen Rechtsschule im Laufe des 10. Jahrhunderts die Pandekten in einem am Schluß defecten Exemplar zum Vorschein kamen und gangbar wurden, sodann aber vor 1050 das Pisamische Exemplar, vielleicht um diese Zeit in einem der zahlreichen Seezüge der Pisaner als Kriegsbeute heimgebracht, daselbst bekannt ward". Es scheinen vielmehr zwei innerliche und culturgeschichtliche Momente auf die Wiederbelebung der classischen Rechtsstudien eingewirkt zu haben. Das Eine wurde schon oben angedeutet. Es besteht in der Wiederbelebung der antiken Bildungselemente überhaupt. Die Culturperiode, in welcher die Collatio und Julian die Welt beherrschen, geht mit dem zehnten Jahrhundert überall zu Ende. Die andere Ursache gehört der Culturgeschichte des griechischen Kaiserthums an. Die Gesetzgebung Leo's des Philosophen, die Basiliken, entzogen den Justinianischen Rechtsbüchern im byzantinischen Reich den praktischen Werth [13]), die werthloser gewordenen Handschriften wanderten nach Italien und Frankreich [14]). Sie halfen die neue Culturepoche heraufführen, in welcher die Pandekten dem Julian und der Collatio als Concurrenten zur Seite treten [15]), um ihrer Herrschaft bald völlig ein Ziel zu setzen.

Für Mommsen's Annahme ergiebt sich aus diesem Allen mindestens eine dringende Präsumtion, für welche freilich aus der Fortsetzung seiner eigenen Arbeit und einer näheren Erforschung

---

[13]) Biener, Gesch. der Novellen S. 129, Note 25. Heimbach, Observ. p. 21—37. Zachariae, delineatio p. 56. 57.

[14]) Die Pithou'sche Handschrift, die R enthält, ist südfranzösischen Ursprungs und hat griechische Bezifferung (Hänel in den Leipziger Berichten 1850 S. 81. 82).

[15]) In der Pithou'schen Handschrift ist dies buchstäblich der Fall. Sie besteht aus vier Stücken: 1) Julian's Epitome Novellarum, 2) der Lex Dei, 3) dem Institutionen- und Pandektenfragment R, 4) der Passio S. Gregorii martyris. Die Lex Dei ist in die Anhänge des Julian, nämlich in den Anfang des Dictatum de consiliariis eingeschoben, das Pandektenfragment R dagegen dem letzten Blatte der Collatio vorangesetzt, so daß es in dem Worte libertinae 16, 8 die Silbe li von dem Reste dieses Worts, des Titels 16 und des Dictatum trennt. (Vgl. Hänel a. a. O. S. 77. 78.) Wie weit dabei ein Plan zum Grunde liegt, muß freilich dahin gestellt bleiben.

kirchlicher Rechtsquellen Bestätigungen oder Berichtigungen abzuwarten sein werden.

III.

Es ist übrig, der **Ausführung** des Plans mittels des angegebenen Apparats zu gedenken.

Entsprechend der Aufgabe einen Text zu liefern, welcher der ersten und zweiten Hand der Florentina möglichst nahe kommt, ist der Grundsatz befolgt, nur selten und selbst in den wichtigsten Fällen nur von der Florentina abzugehen, wo eine andere Auctorität, namentlich die der Griechen, den ältesten Vulgattexten zur Seite stand. Denn sonst bleibt es zweifelhaft, ob die Corruptel nicht bis zu Justinian selbst hinaufreicht und deshalb von dem Herausgeber überhaupt nicht gehoben werden darf. Damit nun diese Abweichungen als solche sofort in die Augen springen, sind die Abweichungen von der ersten **und** zweiten Hand der Florentina durch cursive Lettern im Texte und, wo die Griechen der Florentina beitreten, durch Sternchen kenntlich gemacht [16]). Doch ist diese Bezeichnung später, namentlich im siebenzehnten Buch nicht wieder aufgenommen und nur in den drei ersten Büchern gesetzt. Im Lauf der Arbeit stellte sich nämlich immer mehr heraus, daß selbst, wo die Vulgata noch etwas Selbständiges hat, sie doch zunächst aus der Florentina abgeschrieben ist.

Durch die Florentina und ihren Corrector sind uns die Pandekten weniger corrumpirt überliefert als andere Denkmäler in lateinischer Sprache. Aber auch die Florentina und ihre Correctur sind nur Abschrift, nicht Original. Wir sind daher weit davon entfernt, selbst in ihnen die Pandekten so zu lesen, wie die Compilatoren sie verfaßt haben. Das beweist der Titel finium regundorum im gromatischen Corpus, der in 74 Zeilen 12 unzweifelhafte Emendationen der Florentina liefert. Es bleibt also für eine verständige Conjecturalkritik noch Raum genug.

Der Herausgeber hat diesen Theil seiner Aufgabe mehr subitär

---

[16]) So gleich in L. 1. D. de or. iur. (1, 2) Gaius . . . et certe cuiusque rei *potissima pars principium est nach F[1] und dem Sprichwort *μέγιστον ἀρχὴ παντός* gegen F[2]RPVU, die potentissima haben, wie die Ep. *ἰσχυρότατον μέρος*. Gerade hier dürfte übrigens die letztere Lesart dem Sinne mehr entsprechen. Vgl. Quint. 6, 4 fin. potentissima argumenta und dazu Spalding ib. 4, 5, 8.

als methodisch behandelt und sich damit wenigstens den Dank aller Derer verdient, denen bekannt ist, daß die Kritik der Pandekten eine Aufgabe enthält, welche auch die gewaltigste Einzelkraft übersteigt und nur durch die vereinten Anstrengungen der Sprach- und Rechtskundigen aller Zeiten allmälig gefördert werden kann.

Er hat ferner durch zweckmäßige Absonderung in einer oberen Columne verhütet, daß die Conjecturen unter den Schutt der Varianten gemischt und übersehen werden. Sie sind durch Fragezeichen bezeichnet und der Name des Urhebers in Klammern beigesetzt, so daß, wo er fehlt, die Conjectur vom Herausgeber selbst herrührt. Die fremden Mittheilungen sind nicht ohne Prüfung und insoweit nicht ohne Garantie des Herausgebers aufgenommen. Andererseits ist durch diese Einrichtung der Text von aller Einmischung bloßer Vermuthungen rein erhalten.

Die größeste Anerkennung verdient endlich die maßhaltende besonnene Auswahl.

Der Conjectur ist Raum gegeben, wo die Compilatoren *einen* verderbten Text vor sich hatten, wo sie die Abbreviaturen nicht[17]) oder nicht richtig[18]) auflösten, wo Verwirrungen in den Handschriften vorlagen wie 52, 3. 75, 3. 78, 1.

Wo dagegen eine Interpolation vorliegt, ist nur *auf* diejenigen Aenderungen hingewiesen, welche wegen ihrer Ungeschicklichkeit darauf führen könnten, den Text für verdorben zu halten[19]).

---

[17]) Beispiel: Gai. L. 1. D. de or. iur. (1, 2) Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius (Note 1 p(opuli) R(omani) ius?) ab urbis initiis repetendum existimavi. Die Conjectur ist glänzend: ihre Nothwendigkeit scheint jedoch wegen des folgenden origine non repetita nicht ganz zweifellos.

[18]) Beispiel: L. 9. §. 4. D. de dolo (4, 3) 122, 1 Labeo — libro trigensimo praetoris peregrini (Note 1 trigensimo posteriorum (p'ter = pr. per)? Die Conjectur ist um so überzeugender, da ein Commentar zum Edict des Peregrinenprätors im Florentiner Index gar nicht vorkommt. —

[19]) Beispiel: L. 7. §. 13. D. de pact. (2, 14) Si paciscar ne pro iudicati vel incensarum aedium agatur hoc pactum valet. Pro iudicati *scheint* auf den ersten Blick Corruptel, allein BS (Stephanus) lehrt, daß es absichtlich substituirt wurde, weil die eigentliche actio iudicati in duplum (Paul. sent. 5. 5a 7. 8) in den extraordinariis iudiciis wegfiel. Den Compilatoren mag etwa protutelae u. dgl. vorgeschwebt haben. Daß sie iudicati prove iudicato vorfanden, wie Mommsen Note 2 anmerkt, ist schon wegen L. 1. D. de conf. (42, 1) unzweifelhaft, wenn auch die übrigen Fälle (Gai. 4, 22. 25) bereits

Wo das interpolirte Original neben dem Justinianischen Texte erhalten ist, finden sich die Varianten, wie schon bemerkt wurde, in der oberen Notencolumne angegeben, z. B. Gaius 1, 98. 99 neben L. 2. D. de adopt. (1, 7) 19. 20, ferner die Vaticanischen Fragmente neben dem Titel de usufructu accrescendo (7, 2) p. 231—234, das S. C. Volusianum (Orelli 3115) neben L. 52. D. de C. E. (18, 1) p. 521.

In vielen Fällen sollen die Conjecturen nur auf die Corruption des Textes aufmerksam machen, ohne die endgültige Lösung zu beanspruchen. Beispiele geben die Noten p. 49, 1. 50, 1. 55, 2. 61, 1. 103, 2. 267, 2, wo ich indeß lieber possunt herauswerfen möchte[20]).

---

früher antiquirt waren. Auf incensarum aedium läßt sich Mommsen nach seinem Plan nicht ein: es stammte aus depensi (Gai. 4. 22. 102. 171), wie die ungeschickte Interpolation aus L. 7. §. 4. D. quod vi (43, 26). Aber übersehen hat Mommsen, daß es mit pro iudicatum solvi in L. 46 pr. D. de proc. (3, 3) 93, 25 genau dieselbe Bewandtniß hat, wenn auch Gaius pro eo (sc. cognitore) schrieb.

[20]) Aus sachlichen Gründen ist mir 229. 3 die Umstellung in L. 60. §. 1. D. de usufr. (7, 1) bedenklich. Diese stammt gleich der verwandten L. 7. D. de aqua quot. (7, 1) aus dem Titel de interdictis in Pauli sent. 5, 6 und lautet wörtlich: Si fundus cuius ususfructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur. et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilo minus in possessione esse debet satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum, cui ususfructus relictus est quamdiu de iure suo probet. sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim usus fructus eius differtur: sed caveri (debet?) de restituendo eo quod ex his fructibus percepturus est, vel, si satis non detur, ipse frui permittitur. Die actio, welche Paulus meint, ist die arbitraria aus dem Interdict quem usumfructum (Fragm. Vat. 92. 93, Gai. 4, 163. 164); die Cautionen sind theils prätorische, theils Judizialstipulationen officio arbitri (L. 80. D. de R. V. (6, 1). L. 15. D. de O. N. N. (39, 1). L. 45. D. de damno inf. (39, 2), vorausgesetzt, daß der Fructuar im Interdict quem fundum intervenirt und über beide Interdicte Ein iudex zu entscheiden hat. Das Interdict ist restitutorisch, aber die Translation wird durch Caution vermieden, deren Fassung davon abhängt, ob der Eigenthumsbesitzer dem Fructuar den Rechtsbesitz bestreitet oder nicht. Mommsen transponirt nun: Fructuarius nihilo minus in possessione esse debet. sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim usus fructus eius differtur: sed caveri de restituendo eo, quod ex fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur satisque ei a possessore cavendum est quod non sit prohibiturus frui eum cui ususfructus relictus est, quam diu de iure suo probet. Aber wenn der Fructuar in den Besitz gesetzt wird,

Die Orthographie der Compilatoren hat der Herausgeber unberührt gelassen, um sie nicht nach Haloander's Manier wie Schulknaben zu meistern, andererseits weil die Grenze zwischen dem vulgären Sprachgebrauch und der Corruptel eine so überaus feine ist, daß der Herausgeber die Verantwortung für ihre Beobachtung nicht hat übernehmen mögen.

Unter der Fülle treffender Conjecturen gestattet der Raum nur einige wenige mustergültige als Proben hervorzuheben. Dahin gehört 286, 2. L. 27. §. 34. D. ad legem Aquiliam (9, 2), welche, von ihren vielen Glossemen gesäubert, jetzt folgendermaßen lautet: si quis servum [conductum] ad mulum regendum commendaverit [ei] mulum ille ad pollicem [suum eum] alligaverit, de loro [et] mulus eruperit. Die Emendation mag vielleicht kritisch noch nicht ganz abgeschlossen sein, sie giebt aber den Beweis, wie scharfsichtig eine Textesverderbniß erkannt ist, die bis in den vorjustinianischen Schulgebrauch zurückreicht, da schon B (Julian) conductum gelesen hat. — Eben so überzeugend ist die Emendation der L. 27. §. 3. D. de peculio (15, 1) 443, 4 (L. 38. §. 10—12. D. de V. O. 45, 1) und zwar: Illud quoque placuit — omni modo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum, wo Mommsen für creditoribus unter Verweisung auf L. 30. §. 1. L. 32. pr. eodem creditori pluribus heredibus venditoris existentibus einschaltet — ein Zusatz, der durch den Zusammenhang schlechterdings gefordert wird. — In gleich befriedigender Weise sind die Griechen benutzt, um die Corruptel in der L. 37. §. 2. D. de peculio (15, 1) zu heben, die sich schon in F[1] findet und durch

wozu dann noch eine Caution? Stephanus (im supplementum p. 89), obgleich er die Stelle nur im Justinianischen Sinne erklärt und von der interpretatio duplex keine Notiz nimmt, weiß von einer zweiten cautio de non amplius turbando nach der Translation des Rechtsbesitzes wegen verweigerter cautio de restituendo nichts. Derselbe Einwand könnte zwar auch für das ältere Recht des Int. quem usumfructum erhoben werden, wenn nämlich der Eigenthumsbesitzer den Rechtsbesitz des Fructuars anerkennt. Allein dann fiel die obrigkeitliche Translation und das Interdict weg, Tradition wurde beim Rechtsbesitz nicht angenommen (L. 20. D. de serv. 8, 1), in ihre Stelle trat also die Privatcaution durch stipulatio uti frui licere quamdiu de iure suo probet, d. h. für die Dauer des Nießbrauchsrechts, nicht für die Dauer des Rechtsstreits, der ja in diesem Fall mit dem Fructuar gar nicht geführt wurde.

die Interpolation von F[3] noch vergrößert ist[21]). — Auch in dem folgenden §. 3 derselben Stelle ist die zusammenhangslose Stellung der Worte nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit richtig bemerkt und durch die 446, 1 vorgeschlagene Transposition si actum sit de peculio cum eo' qui usum fructum in servo habet ex ea causa quae ad eum pertinet (et nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit) et minus consecutus sit creditor, non est iniquum ut ex universo eius peculio — rem consequatur rel. gehoben[22]).

Unter den Conjecturen Anderer sind einzelne vorzügliche von Keller aufgenommen, z. B. 115, 1? 300, 3. 449, 3. Eine der glänzendsten ist 324, 3. n. 28 zu L. 7. §. 3. D. comm. div. (10, 3): Ex quibusdam causis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utilis communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur mitgetheilt. Nach einer handschriftlichen Bemerkung Keller's hatte Ulpian debiti soluti fiducia geschrieben; mit der usureceptio (Gai. 2, 60) fiel diese Beziehung weg und die Compilatoren gaben nun die utilis actio communi dividundo mehreren ehemaligen Eigenthümern, welche durch Zahlung die Vindication eingebüßt, aber wegen gezahlter Nichtschuld einen Anspruch auf dingliche Verstärkung einer Rückforderung zu haben schienen. Die Interpolation hätte also unter den vielbesprochenen Fällen der utilis vindicatio einen Platz verdient.

---

21) Ueber diese schwierige Stelle handelt Keller, Comm. ad Legem Si ex duobus D. de peculio. Goettingae 1823. p. 99.; Litiscontestation und Urtheil (1827) S. 559, Note 7.

22) In der L. 1. §. 4. D. depositi (16, 3), welche ebenfalls im Schulgebrauch des Edictsjahrs verdorben ist, dürfte sich folgende Lesung an F und BS (πλάτος) am nächsten anschließen: crescit perfidiae crimen et publicae utilitatis *causa* coercenda est *et* vindicandae rei publicae causa: est enim incivile in causis huiusmodi fidem frangere. — Desgleichen wird die Schwierigkeit in L. 12. §. 17. D. mandati (17, 1) leichter gehoben, wenn man mit van Hoeben das hinter heres eius ausgefallene *non* herstellt: die Umstellung 485, 1 und Note 12 wird dann unnöthig. In den Text der Pandekten durfte freilich die Negation nicht aufgenommen werden, da schon die Compilatoren selbst jenes non gestrichen haben, wie man aus der Weglassung von Gai. 3, 158 und aus L. un. C. ut act. ab hered. (4, 11) ersieht.

Im Allgemeinen fällt Mommsen p. VIIII über die Conjecturalkritik der Pandekten das zwar strenge aber leider nicht ungerechte Urteil, daß sie seit Cujacius darniederliege, weil die gleichmäßige Beherrschung der Sprache und des Rechts verloren gegangen sei, weil unsere Philologen nicht über Gaius und Ulpian hinauskommen, während den Juristen nicht selten die philologische Kunst und das tiefere Verständniß des lateinischen Sprachidioms mangeln, so daß sie bei allem sachlichen Scharfsinn auf sprachlichem Gebiet oft verkehrte und monströse Erzeugnisse hervorbringen.

Ist es Einem der jetzt Lebenden gegeben, diese Gefahren einseitiger Bildung zu umgehen, so ist es Theodor Mommsen. Die Gebiete der römischen Sprach- und Alterthumswissenschaft in der romanistischen Jurisprudenz, welche die Arbeitstheilung der letzten Jahrhunderte geschieden hat, beherrscht er nicht nur vereint, sondern zugleich mit aller wünschenswerthen Intensität. In den Urkundenschätzen der Epigraphik hat er beiden eine zweite Quelle erschlossen, die bisher im Vergleich mit dem germanistischen Gebiet nur höchst spärlich benutzt wurde. In den rechtswissenschaftlichen Detailfragen, die ihm ferner lagen und in der kritischen Behandlung der griechischen Stellen ist zudem noch die Mitwirkung gelehrter Freunde (Krüger, Fitting, Degenkolb, Hercher) in Anspruch genommen.

Durch diesen Verein von Kräften ist ein Werk zu Stande gekommen, welches an Sauberkeit der Arbeit, an Schärfe der Kritik und Genauigkeit der Ausführung [23]) so Vorzügliches leistet, daß ihm eine Epoche machende Einwirkung auf die romanistischen Rechtsstudien nicht fehlen kann.

Die litterarischen Ueberlieferungen sind hier zuerst nach richtigen kritischen Grundsätzen durchgängig wie Urkunden behandelt. Dadurch ist für die Kritik ein Apparat geschaffen, der den Phantasietexten aufs Gerathewohl und den wüsten und blinden kritischen Einfällen eine heilsame Schranke setzt, zumal durch eine zweckmäßig abgekürzte Handausgabe gesorgt ist, daß schon die studirende Jugend in dieser Beziehung besser geschult wird als bisher.

---

[23]) Daß der in F fehlende Schluß des Titels praescriptis verbis zu Einer Stelle zusammengezogen ist, kann nicht als Versehen gelten, denn L. 27 (κζ) in den Basiliken hat keine Inscription.

Es ist eine merkwürdige Erscheinung unserer Zeit, daß wie auf dem politischen, so auch auf dem wissenschaftlichen Gebiet Deutschland und Italien einander die Hand reichen. Die Bologneser Juristen haben einst aus dem ff und der Littera Bononiensis mit den besten Culturelementen der lateinischen Race die deutsche Rechtswissenschaft erzogen. In Savigny's System, mit dessen hermenutischem Abschnitt heute die Pandektenvorlesungen der Universität Bologna vorschriftsmäßig eröffnet werden und in Mommsen's Pandektenausgabe zahlt die deutsche Rechtswissenschaft das Empfangene mit Zinsen zurück.

Berlin, im Januar 1867.

Die bindende Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht.

Von

Herrn Professor Dr. H. Witte in Greifswald.

Beschäftigt mit einer größeren Arbeit über die Geschichte des Vertragsrechts hat der Unterzeichnete auch dem germanischen Recht seine Studien zuwenden müssen. Wenn er im vorliegenden Aufsatze die dabei gewonnenen Resultate im Voraus veröffentlicht, so ist er dazu durch das Bewußtsein veranlaßt, daß er als Romanist in fremdem Gebiete sich mit geringerer Sicherheit bewegt hat, und daß ihm bei dem gewaltigen Reichthume der germanischen Rechtsquellen gar leicht manches Wichtige und Interessante entgangen sein kann. Vor Abschluß seiner Arbeit möchte er deshalb diesen Theil derselben gründlicheren Kennern des deutschen Rechts zur Prüfung vorlegen und zugleich die Versicherung aussprechen, daß er für jede Berichtigung und jede Vervollständigung des Quellenmaterials sich zu lebhaftem Danke verpflichtet fühlen würde.

I. Das Recht der leges barbarorum.

Seitdem man sich in Deutschland nach Aufnahme des römischen Rechts der Thatsache bewußt geworden ist, daß bei uns die Form der Stipulation nicht mehr die regelmäßige Bedingung sei für die Klagbarkeit einer Uebereinkunft, hat man unzählige Mal zur Erklärung dieser Erscheinung auf die deutsche Treue hingewiesen, und wieder und immer wieder findet sich bei den Schriftstellern der vergangenen Jahrhunderte zum Beweise dieses Charakterzuges der Deutschen eine Bezugnahme auf Tacitus[1]), der staunend berichtet, wie bei den Germanen der stärkere Mann

[1]) Germania c. 24.

auf die im leidenschaftlichen Spiel verwirkte Freiheit dem schwächeren Sieger gegenüber widerstandslos verzichte und sich ergeben von diesem in die Sklaverei abführen lasse. Ich bin weit entfernt, das Lob gewissenhafter Achtung gegen das gegebene Wort unseren Vorfahren verkümmern zu wollen, zweifele auch nicht, daß ihre mannhafte Bereitwilligkeit, die Folgen der einmal abgegebenen Willenserklärung zu tragen, auf die Ausbildung des deutschen Obligationenrechts von durchgreifendem Einfluß gewesen ist. Eine Detailuntersuchung scheint mir aber durch die Anerkennung eines so allgemeinen Princips in keiner Weise überflüssig gemacht zu sein, da nicht nur festzustellen bleibt, an welche Bedingungen die Annahme einer ernsten Willenserklärung geknüpft wurde, sondern auch die weitere Frage beantwortet werden muß, ob unter allen Umständen die staatliche Gewalt zur Erzwingung der Vertragstreue mitwirkte, oder ob ihr Eingreifen bedingt war durch die Beobachtung besonderer Voraussetzungen, bei deren Mangel nur freier Entschluß die Kraft des moralischen Zwanges zu bekunden vermochte.

Für die Zeit der Volksrechte ist das Resultat in mehr als einer Beziehung zweifelhaft. Die Dürftigkeit der privatrechtlichen Bestimmungen bewirkt dies eben so sehr wie die in der Kindheit der Rechtsbildung verständliche Unklarheit der Principien.

Gleich die Frage ist nichts weniger als ausgemacht, ob überall auch auf Grund eines formlosen Versprechens Klage erhoben werden konnte?

Die Schwierigkeit der Beantwortung findet in den Zweifeln ihren Grund, welche die Gesetze zuweilen darüber bestehen lassen, ob sie dem formlosen Vertrag jede bindende Kraft oder nur die Sicherheit der Durchführung absprechen. Wo der Verklagte ganz unabhängig von der Zustimmung des Klägers einen Anspruch durch seinen Eid entkräften kann, da scheint bei oberflächlicher Betrachtung die Verpflichtung auf der Willkür des Schuldners zu beruhen, ein festes obligatorisches Band also noch zu fehlen. Nun galt aber die noch später anerkannte Regel, daß der Verklagte sich gegen eine durch Beweismittel nicht unterstützte Klage mit seinem Eide vertheidigen könne, unzweifelhaft schon zur Zeit der Volksrechte, und so ist es erklärlich, wenn mehrfach die Sicherung des Beweises bei Eingehung des Vertrages als Bedingung für die rechtliche Wirksamkeit desselben hingestellt wird. Der Ab-

schluß vor Gericht, die Abfassung einer vorschriftsmäßigen Urkunde, die Zuziehung glaubhafter Zeugen erscheint dann als Form, durch welche eine Uebereinkunft bindende Kraft gewinnt. Da aber der Kläger nicht wie bei uns heut zu Tage eine Klage einzureichen brauchte, die wegen mangelnder Begründung einseitig von dem Richter hätte zurückgewiesen werden können, so blieb immer die Möglichkeit, daß trotz des Mangels einer Form der Beklagte sich für gebunden erachtete, den Unschuldseid abzuleisten Bedenken trug und deshalb dem erhobenen Anspruch gegenüber seine Verpflichtung einräumte. In sofern kann man auch da, wo die Gesetze eine bestimmte Form vorzuschreiben scheinen, das formlose Versprechen als mögliche Grundlage einer Klage bezeichnen.

Besonders interessant für unsere Frage ist die an privatrechtlichen Bestimmungen vorzugsweis reiche lex Visigothorum[2]). Wiederholt wird hier der Satz hingestellt, daß ein pactum vel placitum, sofern über dasselbe eine gültige Urkunde ausgestellt sei, unwandelbare Kraft haben solle. So ordnete schon Reccared an:

> lib. II. tit. 5. c. 2. Pacta vel placita, quae per scripturam legitime ac iustissime facta sunt, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, nullatenus immutare permittimus.

Chindaswind wiederholt diese Bestimmung unter näherer Bezeichnung der Formalitäten, welche bei Errichtung der Urkunde zu beobachten seien (lib. II. tit. 5. c. 1 und c. 5). Speciell für das Kaufgeschäft, welchem nach lib. V. tit. 4. c. 1 der Tausch vollkommen gleichgestellt ist, wird das Erforderniß der schriftlichen Eingehung von Reccared ausgesprochen in lib. V. tit. 4. c. 3. Aber auch ohne Schrift soll das Geschäft plenum habere robur, si datum precium praesentibus testibus comprobatur. Das Hauptgewicht ist dabei wohl auf die Zuziehung von Zeugen zu legen. Denn daß bei einem mündlich abgeschlossenen zweiseitigen Vertrag die Erfüllung von einer Seite nicht als Bedingung der Klagbarkeit angesehen werden kann, ergibt sich aus der gleichfalls von Reccared herrührenden const. 4 desselben Titels, welche anordnet:

---

[2]) Ich citire nach der Ausgabe von Walter, Corpus iuris Germanici antiqui Tom. I. pars II.

Si arras pro quacunque re acceperit, id cogatur implere quod placuit.

Man wird rücksichtlich der datio arrae der Annahme Siegel's[3]) beistimmen müssen, daß bei ihr die Zuziehung von Zeugen als selbstverständlich vorausgesetzt ist[4]). Denn wenn die einseitige Erfüllung des Kaufes nur dann dem Geschäfte nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes plenum robur sicherte, wenn Zeugen dieselbe zu bekunden vermochten, so kann die einfache Hingabe der arra, die ja nur als Zeichen der zum Abschluß gekommenen Uebereinstimmung dient, für sich allein keine weitergreifende Wirkung gehabt haben. Die datio arrae ist kein Beweismittel. Nach lib. II. tit. 2. c. 5 soll aber: si per probationem rei veritas investigari nequiverit, ille qui pulsatur sacramentis se expiare, und wo ein solches Freischwören dem Verklagten freisteht, da spricht das Gesetzbuch nicht von einer vollgültigen Schuld.

Eine Bestätigung findet diese Annahme in einer wichtigen Bestimmung der lex Ripuariorum[5]). Nachdem sie in tit. 59 zur Bekräftigung des Kaufgeschäftes gerichtlichen Abschluß oder Zuziehung von Zeugen verlangt hat, heißt es in tit. 71:

De quacunque causa festuca intercesserit, lacina interdicatur se cum sacramento idoneare.

Hier wird ausdrücklich als Folge der Hingabe einer festuca ohne weitere Erwähnung von Zeugen der Ausschluß des Reinigungseides angegeben, während es sich doch von selbst versteht, daß nur eine den Beweis sichernde Form diese Wirkung haben konnte. Wir haben also auch hier die Mitwirkung von Zeugen als stillschweigende Voraussetzung anzunehmen.

Wenden wir uns noch einmal zur lex Visigothorum zurück, so ist nur etwa noch auf Reccared's Bestimmung in lib. II. tit. 5. cap. 9, daß ein per vim et metum extorquirtes pactum vel scriptura nullam habeat firmitatem, mit einem Worte hinzuweisen. Sie bestätigt durch den offenbaren Gegensatz von

---

[3]) Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens §. 5.

[4]) Ob Siegel's Satz Anm. 2. l. c. „Im deutschen Rechtsleben bedingt die Anwendung einer Form die Ziehung von Zeugen und umgekehrt" in dieser Allgemeinheit gebilligt werden kann, erscheint mir zweifelhaft, da Siegel selbst Anm. 8 eod. zuzugeben genöthigt ist, daß bei den Longobarden die Verpflichtung in Form der wadii datio auch ohne Zeugen eingegangen werden konnte.

[5]) Walter, Tom. I. pars I.

pactum und scriptura, daß die Gesetze, welche für schriftlich aufgezeichnete Vereinbarungen die Unwandelbarkeit erwähnen, damit nicht eine Bedingung für die bindende Kraft des Geschäftes aufzustellen beabsichtigen.

Ein gleiches Resultat ergibt die zum Theil auf der lex Visigothorum beruhende lex Baiuvariorum [6]). Im tit. XVI. c. 16 wiederholt sie die Anordnung der lex Visigothorum II. 5. c. 2, wonach pacta et placita, quae per scripturam quamcunque facta sunt, bei Angabe des dies et annus unveränderlich sein sollten. In den Text der lex Visigothorum sind aber die Worte: vel per testes denominatos tres vel amplius eingeschoben. Ob damit eine zweite Möglichkeit bezeichnet werden sollte, wie ein Vertrag bindende Kraft erlangen könne, oder ob diese Worte auf ein Erforderniß der Urkunde, welche die Zuziehung von Zeugen verlangte, hinweisen, läßt sich bei dem barbarischen Latein des Gesetzes nicht mit Sicherheit entscheiden [7]). Doch unterliegt es aus andern Gründen keinem Zweifel, daß auch ein vor Zeugen abgeschlossener Vertrag die gleiche Kraft wie ein schriftlich eingegangener hatte. So wird in tit. XVII. cap. 3 ausdrücklich der Beweis eines Uebereinkommens durch Solennitätszeugen zugelassen und der allgemeine Satz aufgestellt: non debet testem veritatis repellere causaticus, in tit. XVI. cap. 15 aber stehen als gleichwerthige Mittel zur Befestigung eines Kaufgeschäftes die charta und testes neben einander. Auch die Bestimmung der lex Visigothorum, welche der Hingabe einer arrha unbedingt bindende Kraft zuschreibt, findet sich wieder in tit. XVI. c. 10. Doch ist auch hier vorauszusetzen, daß die arrha nicht ohne Zuziehung von Zeugen gewährt worden sei.

Bedenken könnte erregen der Schlußsatz des bereits angezogenen cap. 15. tit. XVI. Nachdem das Erforderniß einer charta oder der Gegenwart von Zeugen für die Gültigkeit eines Kaufgeschäftes ausgesprochen ist, heißt es:

> hoc est de mancipiis, de terra, casa vel silvis, ut postea non sit contentio.

---

6) Citirt ist der textus legis primus. Pertz, Monumenta Legg. Tom. III.

7) Das cit. Kap. lautet vollständig: Pacta vel placita quae per scriptura quacunque facta sunt vel per testes denominatos tres vel amplius dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus immutare nulla ratione sinere permittimus.

Hiernach scheint es, als sei nur bei dem Kauf der aufgezählten Gegenstände die bezeichnete Form erforderlich gewesen. Es ließe sich aber auch denken, daß bei einem Geschäfte über Sklaven und Immobilien ohne Schrift oder Solennitätszeugen selbst die Ausführung der beiderseitigen Verbindlichkeiten einen Abschluß nicht herbeigeführt habe, so daß also hier unter allen Umständen, nicht nur zur Begründung der Contraktsklage, die Form unentbehrlich gewesen sei. Dann würde aus der Hervorhebung der mancipia etc. nicht gefolgert werden dürfen, daß aus Verträgen über andere Sachen ohne jede Form vollwirksam geklagt werden konnte. Einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit bekommt aber diese Annahme durch Vergleichung des cap. 15 cit. mit der lex Burgundionum[8]) tit. 99 (addit. primum cap. 12), wo mit den Worten:

> Si quis mancipium, aut agrum, aut vineam, aut aream, vel domum factam in quocunque loco comparaverit, iubemus, ut si non habuerit cartam firmatam aut subscriptam pretium perdat

dem Käufer offenbar auch nach der Erfüllung ein Anrecht auf die formlos erstandene Waare abgesprochen und ihm sogar der Verlust des gewährten Kaufpreises angedroht wird[9]).

Eingehendere Bestimmungen über die Klagbarkeit der Verträge finden sich ferner in den leges Longobardicae[10]). Hier aber wird ein bewußter Unterschied gemacht zwischen einem Vertrag, der nicht verpflichtet, und einem solchen, den man durch eidliche Versicherung der Nichtschuld in Abrede stellen kann, obgleich in einem Gesetz von Rachis (5. Edictum cap. 1) der Gedanke, der zu einer Verwechselung beider führen konnte, einen bestimmten Ausdruck zu finden scheint. Denn wenn Rachis erkärt:

> Quia si stantiam, quam ante liberos hominis aliquis facit, stare debit, quanto magis ea causa, que per wadia firmatur et liberi homines intersunt, negare nihil hominis convenit?

8) Pertz, Monumenta Legg. T. III.

9) Man vergl. dazu leges Longobardicae Ed. Rotharis 172.

10) Ich citire nach der Ausgabe von Baudi a Vesme: Edicta regum Longobardorum Turin 1855 in den Historiae patriae monumenta T. III.

so stellt er gegenüber einen Vertrag, der bindet, und einen solchen, der abgeleugnet werden darf, woraus gefolgert werden könnte, daß eine der Ableugnung unterliegende Vereinbarung als nicht verpflichtend angesehen sei. In Wahrheit liegt aber hier nur eine Ungenauigkeit der Redeweise vor. Der Vertrag per wadii dationem, mit welchem stets die Bestellung eines Bürgen verbunden gewesen zu sein scheint [11], wurde unzweifelhaft als verpflichtend angesehen, und dennoch konnte sich der Schuldner gegen die Klage aus einem solchen mit seinem Eide vertheidigen. Nur bedurfte er des Beistandes von Sakramentalen, deren sogar bei Forderungen über 20 solidi mindestens 12 verlangt wurden (Ed. Rotharis 359 und 360). Daß der Eid des Verklagten schon nach dem Edikt des Rothari vom Kläger durch Zeugen ausgeschlossen werden konnte, ist zu bezweifeln. Dagegen steht fest, daß es zur Zeit des Liutprand nur dann zum Eide des Verklagten kam, wenn der Kläger keine Solennitätszeugen zu gestellen vermochte. So heißt es in einem Gesetz dieses Königs (15. vol. III. c. 1), nachdem mit einem entschiedenen Anklang an die mehrfach erwähnte Verwechselung von Klagbarkeit und sicherer Durchführbarkeit ausgesprochen ist, ein liber homo, welcher wadia dederit et fideiussore posuerit presentia duorum vel trium testium quorum fides admittitur, müsse in omnibus erfüllen:

> Nam si in presentia duorum vel trium testium stipolatio ipsa facta fuerit, eorum testimonium, ut sacramentum inter dantes et accipientes menime proveniat, credatur.

Dieselbe Bestimmung wiederholt das bereits erwähnte Gesetz von Rachis, indem es auf das Recht des Rothari nur für den Fall verweist, si tales hominis inter non fuerint, quorum fides admittitur, quando ipsa wadia data fuerit.

Neben dem Geschäftsabschluß vor zugezogenen Zeugen werden auch Verträge durch Ausstellung einer cautio, einer cartola convenientiae erwähnt [12]. Welche Kraft einer solchen Urkunde zukam, ersehen wir besonders deutlich aus einem Gesetze des Kaisers Otto I., welches dieser im Jahre 967 auf dem Reichs-

---

[11]) cf. Siegel l. c. Anm. 8.

[12]) Liutprand 16 vol. III. cap. 2 — 67. vol. VII. cap. 3 — 107. vol. XI. cap. 4.

tag zu Verona berathen und genehmigen ließ [13]). Danach konnte, wie wir aus dem Bericht über das ältere Recht in dem prooemium erfahren, der Kläger die vom Verklagten als falsch angefochtene Urkunde durch seinen Eid bekräftigen und mußte dann sine deliberatione iudicis als Sieger anerkannt werden. Otto räumt zur Ausschließung der Gefahr eines Meineides dem Verklagten das Recht ein, seine Anfechtung der Urkunde durch den Zweikampf zu bewahrheiten. Freilich spricht das Gesetz nur von einer charta über Grundstücke. Doch unterliegt es keinem Zweifel, daß, wenn diesen wichtigsten Urkunden durch den Eid des Inhabers volle Beweiskraft gesichert werden konnte, dies erst recht bei gewöhnlichen Schulddokumenten der Fall sein mußte. Eine ausschließliche Erwähnung der Urkunden über praedia im Gesetz erklärt sich aber daraus, daß nur bei ihnen dem Verklagten unbedingt das Recht, auf einem Zweikampf zu bestehen, eingeräumt werden sollte.

Bleibt es nach den bisherigen Ausführungen zweifelhaft, wie weit im Rechtsbewußtsein der alten Germanen die verpflichtende Kraft auch des formlosen Vertrages zur Anerkennung gelangt war, so wird man auch auf die weitere Frage, in welchem Maaße objektive oder subjektive Gründe des Versprechens zum Ausdruck gekommen sein mußten, eine sichere Antwort nicht erwarten können. Von einer wissenschaftlichen Einsicht in den Gegensatz der abstrakten und der materiell individualisirten Willenserklärungen, an dessen Feststellung wir noch heut zu Tage arbeiten, läßt sich natürlich in jenen Zeiten nichts erwarten. Es entspricht aber durchaus dem Wesen des altdeutschen Prozesses, in welchem das eigene Urtheil der Parteien über ihr Rechtsverhältniß viel bestimmter in den Vordergrund trat, als dies heute der Fall ist, wenn man annimmt, daß dem Gericht eine Einsicht in die materielle Bedeutung der übernommenen Verpflichtung nicht verschafft zu werden brauchte. War das Versprechen einer bestimmten Leistung unzweifelhaft festgestellt, so erschien der Anspruch des Klägers als begründet, wenn nicht der Verklagte seinerseits einen Anfechtungsgrund, z. B. Zwang (cf. lex Visigothorum lib. II. tit. 5. c. 9), für sich geltend zu machen vermochte. Daß aber viel-

[13]) Man vergl. über dieses Gesetz Boretius, die Capitularien im Longobardenreich §. 48, S. 173 ff.

fach Versprechen ohne jede weitere Motivirung gegeben wurden, beweisen auf das schlagendste die Formeln zu den leges Longobardorum[14]). So stützen zwei Formeln zu Liutprand's Gesetz lib. VI, 66 die Klage auf eine carta, welche schlechthin die Zahlung einer gewissen Summe bis zu einem bestimmten Termine verheißt, während die Formel zu lib. VI, 107 eine carta convenientiae de elevatione unius castri, aut ire in tale locum secum, vel de alia re erwähnt. Aber nicht nur wenn eine Urkunde den Vertragswillen aufgenommen hatte, beruhigte man sich bei dem Versprechen als solchem. In einer Formel zu Liutprand lib. II, 8:

> Petre te appellat Martinus quod tu conventasti sibi dare in Kal. Maii solidos C

stützt sich der Kläger offenbar auf einen mündlichen Vertrag und wird dennoch bei dem Leugnen des Verklagten einfach zum Beweise zugelassen, und ebenso abstrakt lautet der Inhalt eines mündlichen Vertrages in der Formel zu Rachis I.:

> Petre te appellat Martinus quod tu dedisti sibi vadia de dare sibi unum solidum III Kal. Aug.

Damit steht auch nicht in Widerspruch der pactus 50 der lex Salica[15]), wo nach der Klagformel:

> rogo te thungine ut nexti canthichius gasacio meo illo qui mihi fidem fecit et debitum debet

die Worte folgen: et nominare debet, quale debitum debeat unde ei fidem fecerat. Da fidem facere nach der Glosse gleichbedeutend ist mit fideiussorem existere, und es sich von selbst versteht, daß in der Klage gegen den Bürgen die verbürgte Forderung bezeichnet werden muß, so kann man nicht etwa in jener Stelle die Vorschrift finden, daß das Versprechen nur unter näherer Angabe der veranlassenden Umstände zur Begründung einer Klage benutzt werden solle.

Wohl aber läßt sich voraussetzen, daß, wenn ein Geschäft einen bestimmt ausgeprägten materiellen Charakter an sich trug, dieser von den Parteien beim Abschluß auch regelmäßig zum Ausdruck gebracht wurde, da in einem solchen Falle die Abstraction

---

[14]) Ich citire sie nach der Ausgabe der leges Longobardicae von Walter in dem Corpus iuris Germanici antiqui tom. I. pars II. u. tom. III. pars II.

[15]) Citirt nach der Ausgabe von Merkel.

von dem Motiv für die Uebernahme einer Verpflichtung als das ferner Liegende angesehen werden muß. So wird namentlich ein Schenkgeber nicht leicht auf die Hervorhebung der Liberalität seiner Handlungsweise verzichtet haben. Keinesfalls aber wird die bindende Kraft des abstrakten Versprechens dadurch widerlegt, daß uns mehrfach Gesetzesaussprüche begegnen, welche eine Schenkung nur dann als unwiderruflich anerkennen wollen, wenn sie bereits ausgeführt oder doch unter Beobachtung besonderer Formalitäten verheißen ist [16]). Ging aus dem Versprechen selbst nicht hervor, daß eine Schenkung in Frage stehe, so hatte der Schuldner, der darauf hin von seiner Verpflichtung frei zu kommen suchte, den Beweis seiner Behauptung zu erbringen. War doch auch nach römischem Recht zu einer Zeit, als unzweifelhaft die abstrakte Stipulation eine klagbare Verpflichtung begründete, die Vorschützung einer exceptio legis Cinciae möglich gewesen.

II. Das Recht des späteren Mittelalters.

Sehr viel ergiebiger für unsere Frage als die alten Volksrechte sind die Rechtsbücher und Stadtrechte seit dem 13. Jahrhundert, obschon das in ihnen wirkende Princip noch nicht überall zu klarer, wissenschaftlicher Erkenntniß durchgedrungen ist. Auch ist ein Fortschritt gegen die alten Volksrechte wenigstens insofern unverkennbar, als die sichere Durchführbarkeit einer Vereinbarung stets scharf geschieden wird von ihrer bindenden Kraft. Wird doch vielfach dem Verklagten auch gegenüber solchen klägerischen Behauptungen, deren Wahrheit unbestrittenermaßen eine Forderung als begründet erscheinen lassen würde, die Befugniß eingeräumt, sich der Verurtheilung durch seinen Eid zu entziehen.

Fragt man zunächst nach der Nothwendigkeit einer bestimmten Form zur Eingehung einer Vertragsobligation, so wird sich die Antwort rechtfertigen lassen, daß nach gemeinem Recht ein Vertrag, um bindend zu sein, einer besonderen Form regelmäßig nicht bedurfte [17]). Allbekannt ist die Bestimmung des Sachsenspiegels I, art. 7:

---

16) cf. lex Visigothorum lib. V. tit. 2, c. 5 (Recd.), leges Longobardicae Liutprand 73 vol. VIII. cap. 4, wo zur Schenkung unter allen Umständen das launechild gefordert wird.

17) Man vergl. zu dem Folgenden Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts I. §. 1 u. ff.

Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden unde svat he dut, dat sal he stede halden,

die sich im schlesischen Landrecht von 1356 als c. 16[18]) und im Spiegel Deutscher Leute als c. 15 wiederfindet. Aus dem Spiegel D. L. ist sie in den Schwabenspiegel (Laßberg) c. 11 übergegangen, wo c. 306[19]) noch weiter angeordnet wird:

Swaz ein man dem andern gelobet, daz sol er im bi dem besten geben; ez si danne daz er etwaz vor uz dinge.

Gleich allgemein lautet das alte Hamburger Recht von 1270[20]) cap. VI. art. 14 (Lappenberg):

So wat en man dem anderen lovet mit motwillen ungedwunghen dat schal he em to rechte lesten id sy an kope, dat sy an hure unde an allen dinghen

und von den Urtheilen, welche den statuta antiqua Bremensia von 1303 beigefügt sind, führen mehrere zur Bezeichnung des Hauptinhaltes die Ueberschrift: Tosache scal men holden und lesten[21]).

Besonders bestimmt sprechen sich weiter aus das Brünner Schöffenbuch aus der Mitte des 14. Jahrhunderts c. 595 (Rößler):

Antiquum ius civitatis quod quasi communiter ubique servatur habet, quod promissa quae homo voluntarie facit adimplere debet. Unde qui promittit alteri se daturum aliquot marcas grossorum pragensium, tenetur dare

und das Kayserrecht aus dem Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts Bch. II. c. 39 (Endemann):

Welch man eim manne icht gelobet, daz sol er im stete halten, wan er ist ez im schuldig. Sint in des riches recht geschriben stet: wer dem andern icht gelobt, der ist ez im schuldig zu geben,

wozu noch c. 45 und c. 88:

— — Sint in des riches rechte gesc. stet: wez sich

---

18) Vergl. Gaupp, Das schlesische Landrecht §. 14.

19) Im Landrecht von Ruprecht von Freysingen entspricht c. 9 dem Schsp. c. 11 und c. 195 dem Schsp. c. 306.

20) Wiederholt im Stadtrecht von 1497 L. 2.

21) Vergl. ord. 83 (Oelrichs p. 198) und ord. 123 (p. 216).

der mensche selber verbindet, da en sal in nit schirmen des keisers recht

hinzuzufügen ist.

Nirgends findet sich eine Andeutung, daß die allgemein hingestellte Regel einer Beschränkung durch das Erforderniß einer Form unterliege, vielmehr bestätigt eine lateinische Glosse zu S.Sp. I, 7, die übrigens bei Zobel nicht abgedruckt ist[22]), ausdrücklich die bindende Kraft der formlosen Verträge mit den Worten:

Est enim iste effectus pacti, ut modis omnibus observetur, etiamsi sit nudum secundum canones — quia inter simplicem loquelam etc. unde peccat mortaliter veniens contra simplex verbum.

Die Rechtfertigung durch die Bezugnahme auf das canonische Recht, die offenbar nur eine wissenschaftliche Ansicht des Glossators ausspricht, interessirt uns an dieser Stelle nicht. Es kommt nur auf die Feststellung der Thatsache an, daß wirklich aus dem formlosen Vertrage geklagt werden konnte. Für sie ist auch die Glosse des Bürgemeisters Dr. Langenbeck zum Hamburger Stadtrecht von 1497 L, 2 (bei Lappenberg S. 280) von Bedeutung, wo nach Besprechung eines Vertragsabschlusses „durch worden, durch handtscryffte, zegele unde breve, edder myt sekerer bodeschop", der Glossator fortfährt:

effte in jeniger anderer wysze darme mach ut weten den willen der handeler; wente uth den worden, wercken, effte scryfften bewyszen me den willen unde vulbordt der mynsken, dardorch se plichtich unde schuldich werden.

Daß aber die Klagbarkeit formloser Verträge nicht deshalb zweifelhaft wird, weil die lateinische Uebersetzung des S.Sp. das Wort „lovet" wiedergibt mit „stipulatus est", und der lateinische Glossator aus dem Wesen der Stipulation später noch zu erörternde Consequenzen für die Bedeutung des Gelöbnisses zieht, wird einer Ausführung nicht bedürfen.

Nimmt man zu diesen Zeugnissen aus den Rechtsquellen noch hinzu die zahlreichen Rechtssprichwörter, welche in den mannichfaltigsten Formen den Satz variiren: Zusage macht Schuld — Ein Mann, ein Wort — Das Wort muß stehen — Was du

---

22) Ich entnehme sie der Ausgabe Außburch 1516.

nicht halten willst, sollst du nicht versprechen[23]), so wird man nicht zweifeln können an der Wahrheit des Satzes, daß abweichend vom römischen Rechte das deutsche die obligatorische Kraft des Willens von einer Einkleidung desselben in eine bestimmte Form nicht abhängig gemacht habe.

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß dem deutschen Recht Vertragsformen überhaupt unbekannt gewesen seien. Sie treten uns vielmehr sehr häufig entgegen, theils als Mittel zur Feststellung der Vertragsperfection, theils zu dem Zweck, für die gerichtliche Geltendmachung des Geschäftes den Beweis zu sichern, ja sie erscheinen selbst in gewissen Fällen, wie z. B. bei der Uebertragung von Grundeigenthum oder Eingehung von Erbverträgen, als unerläßliche Bedingung für die volle Wirksamkeit der Handlung. Immer aber sind es wenigstens im Obligationenrecht nur bestimmte Ausnahmen, in denen von einer Vereinbarung deshalb wieder zurückgetreten werden kann, weil eine vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist.

Es ist nicht meine Absicht, zu den Ausführungen Stobbe's[24]) über die Formen und Symbole, welche die Vollendung des Vertragsabschlusses feststellten, einen Nachtrag zu liefern. Auch soll über die verschiedenen Mittel, deren man sich zur größeren Sicherung der Vertragserfüllung bediente, nicht gehandelt werden[25]). Dagegen ist mit einem Worte auf den Zusammenhang hinzuweisen, welcher trotz der Scheidung der Begriffe auch in dieser Periode zwischen der Beweisbarkeit und der Klagbarkeit einer Uebereinkunft bestand.

Allgemein ist der Satz anerkannt, daß das deutsche Recht, die Zulassung zur eidlichen Erhärtung der im Prozeß aufgestellten Behauptung als einen Vorzug betrachtend, dem Verklagten die Befugniß einräumte, die durch Beweismittel nicht unterstützte Klage durch seinen Eid zurückzuweisen. Das sächsische Recht ging weiter. Es schloß das Privatzeugniß als Ueberführungsmittel des leugnenden Verklagten gänzlich aus, so daß dieser nur bei einer Berufung des Klägers auf das Gerichtszeugniß die Schuld abzuschwören gehindert war. Wie aber der S.Sp. selbst (I, 18) diese

[23]) Man vergl. die reiche Sammlung bei Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter. Sechstes Hauptstück. §. 1.

[24]) l. c. §. 4.

[25]) Vergl. auch hierüber Stobbe ebendas.

Begünstigung des Verklagten als etwas den Sachsen ganz Eigenthümliches bezeichnet, was sie gegen Kaiser Karl's Willen in Abweichung von den anderen Stämmen behalten hätten, so beweisen zahlreiche Bestimmungen anderer Rechte in Verbindung mit den bereits citirten Volksrechten auf das bestimmteste, daß diese weitgehende Befugniß des Verklagten nie allgemein anerkannt worden sei[26]. Vielmehr hat umgekehrt der Gedanke, daß Prozesse, bei denen Alles auf den Eid des Verklagten ankomme, möglichst vermieden werden müßten, in manchen Rechten dahin geführt, die gerichtliche Verfolgbarkeit der ohne Zuziehung sicherer Zeugen eingegangenen Verträge ganz auszuschließen. Diesen Rechtssatz darf man allerdings nicht überall da ausgesprochen finden, wo zur Begründung der Klage Zeugen aus einer bestimmten Klasse von Personen verlangt werden. Mit Recht weist schon Stobbe[27]) darauf hin, daß durch eine solche Anordnung möglicher Weise nur die Erfordernisse des Zeugenbeweises geregelt seien, ohne daß man daraus die Folgerung ziehen könne, die Verträge ohne Mitwirkung von Personen der bezeichneten Art hätten überhaupt keine bindende Kraft haben sollen. Dies gilt namentlich bezüglich der von Stobbe angeführten Bestimmungen des Wiener und des Bremer Rechts, wonach Vereinbarungen über bedeutendere Werthobjekte nur durch Centumviri (Genannte) resp. Geschworne bewiesen werden konnten. Ganz unzweifelhaft hat diese Bedeutung das alte Lübische Recht (Hach, lateinische Redaktion von 1263), wo im cap. 51 angeordnet wird:

> Ubi promissio coram consulibus vel coram illis, qui consules fuerunt, vel coram illis, qui ad parochias sunt deputati videlicet kerspeleslude, facta fuerit, eadem promissio rata stabit.

Denn nachdem weiter ausgeführt ist, daß der zu dem Geschäft zugezogene Consul auch seine Collegen durch Mittheilung des Vernommenen zu gültigen Zeugen machen könne, wird noch einmal die Folge der Mitwirkung eines solchen dahin angegeben:

> „promissio rata manebit, nulla intercipiente innocentia“.

Hierher gehört auch die in Stadtrechten häufig wiederkehrende

---

26) Vergl. Stobbe l. c. §. 6.

27) l. c. §. 3.

Bestimmung, daß nur angesessene Bürger zur Ablegung eines Zeugnisses über Verträge befähigt seien, wobei nur zuweilen eine Ausnahme für den Fall gemacht wird, daß das Geschäft nicht innerhalb des Stadtbezirkes zum Abschluß gekommen ist[28]).

Aber wenn in diesen Fällen bei dem Mangel tauglicher Zeugen nur das Recht des Verklagten sich geltend machte, durch seinen Eid den Anspruch des Klägers zu entkräften, so ist doch auch zuweilen geradezu die Anstellung einer Klage, die nicht auf ein gesetzlich gebilligtes Zeugniß sich stützen könne, untersagt und damit dem ohne die Formalität der Zeugenzuziehung abgeschlossenen Vertrag die gerichtlich bindende Kraft abgesprochen worden. So läßt sich beispielsweise dem auch von Stobbe angeführten Privileg von Lechenich aus dem 13. Jahrhundert (Grimm, Weisthümer II. S. 735):

> Item si castrensis non fecerint pactum coram scabinis super debitis, non sunt trahendi ad judicium, nisi infra judicium peccaverint manifeste

kein anderer Sinn unterlegen, als daß nur vor Schöffen eingegangene Verträge gerichtlich sollten geltend gemacht werden können; und wenn in dem alten Bamberger Gerichtsbuch nr. 2 (Zöpfl) bestimmt wird:

> Daz niemant dem andren nicht mach an chlagen keiner slaht gut uber ein halb phunt phennige den er habe danne burg von den genantin, die hernach geschribin sten, zwen oder drei oder mer,

so ist der Schluß nicht von der Hand zu weisen, daß Geschäfte über Werthe von mehr als einem halben Pfund Pfennige zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit der Zuziehung von Genannten bedurften.

Immerhin aber sind die Fälle, in denen zur Klagbarkeit eines Versprechens neben der Willenseinigung noch eine weitere

---

[28]) cf. Freiburg im Breisgau, Stadtrodel von 1218 §. 38 (Gaupp Deutsche Stadtrechte II. p. 28 ff.). Bern, Handfeste von 1218 §. 15 (Gaupp eod. p. 44 ff.). Freiburg im Uechtlande, Handfeste von 1249 §. 139 (Gaupp eod. p. 82 ff.). Brünn, Jura originalia von 1243. nr. 31. Stadtrecht aus dem 14. Jahrh. nr. 44 u. 45. Schöffenbuch nr. 3. Lübeck, Stadtrecht von 1263 c. 48. 67. Red. von 1294 c. 109. c. 111. Hamburg, Red. von 1270 I, 16. VI, 6. Red. von 1292. C. 26. 28. G. 6. H. 21. Red. von 1497. E. 25. 26. 27. 28. 29. 30. Bremen, Dhe menen ordele von 1303. IX. (Oelrichs p. 71), X. (p. 72), XXXIII. (p. 82). Red. von 1428. III. 28. 29. 31 (p. 377). Red. von 1433 ord. 40. 41. 42 (p. 520).

Formalität gefordert wird, so vereinzelt, daß ihretwegen an der gemeinrechtlichen Gültigkeit der Regel von der bindenden Kraft formloser Verträge nicht gezweifelt werden kann.

Mit der Feststellung, daß die Form der Regel nach auf die Klagbarkeit einer Vereinbarung keinen Einfluß hatte, ist aber noch nicht entschieden, ob nicht rücksichtlich des Inhaltes gewisse Bedingungen erfüllt sein mußten, damit auf Grund eines Versprechens im einzelnen Falle Klage erhoben werden konnte [29]). Daß Verabredungen mit einem offenbar unsittlichen Zweck nicht banden, macht keine Schwierigkeit. Fraglich aber ist, ob bei Verträgen, die auf eine an sich zulässige Handlung oder Vermögenszuwendung gerichtet waren, die ökonomische Bedeutung des Geschäftes klar erhellen mußte, ob die verheißene Leistung als eine durch die objektiven Verhältnisse gerechtfertigte sich darzustellen hatte?

Um festen Boden für die Beantwortung dieser Frage zu gewinnen, müssen wir uns den Gang des Prozesses in der besprochenen Periode vergegenwärtigen. Von einer Klageschrift, welche die thatsächlichen Momente zusammenstellt, aus denen der Kläger einen Anspruch glaubt herleiten zu können, weiß bekanntlich der deutsche Prozeß nichts. Dem persönlich vor Gericht geladenen Verklagten tritt vielmehr der Kläger sofort mit der Behauptung eines bestimmten Rechtes entgegen. Er erklärt also beispielsweise, daß ihm der Verklagte eine bestimmte Summe zu zahlen, eine bestimmte Sache zu gewähren schuldig sei. So lautet der Klagevortrag im Richtsteig Landrechts cap. 7. §. 1 (Homeyer):

> So klaget N. over N., dat he em si sculdich tein marc unde biddet enes ordels, oft gi icht ene tur antworde biden scolen,

oder in c. 45. §. 1:

> Her richter, hier steit N. unde claget gode unde iu, dat em N. sculdich si hundert punt, des haft he hulpende tuch als gut also hes tu sime rechte bedarf, und biddet, dat gi en tur antwerde biden,

oder endlich im Rechtsbuch nach Distinctionen III, 10. d. 1 (Ortloff):

> Er. Richter, N. ist mir so vel Geldes schuldig.

---

[29]) Rücksichtlich dieser vorzugsweise wichtigen Frage enthält Stobbe l. c. §. 1. S. 7 nur eine Verweisung auf die meines Erachtens durchaus nicht zutreffende Erörterung von Schmid, Leipz. Krit. Jahrb. V. Jahrg. S. 880 ff.

Dabei bleibt also vorläufig der besondere Grund des Anspruches ganz unberührt, und wenn der Verklagte bereit ist, seine Verpflichtung anzuerkennen, so kommt derselbe überhaupt nicht zur Sprache. Daraus ergibt sich von selbst, daß das gerichtliche Schuldbekenntniß als Ersatz eines Erkenntnisses zu seiner Gültigkeit der Angabe des Schuldgrundes nicht bedurfte.

Auf eine so allgemein gehaltene Ansprache war aber der Verklagte sich einzulassen nicht verpflichtet. Es stand ihm frei, zuvor die Frage an den Kläger zu stellen, aus welchem Grunde er eine Forderung glaube geltend machen zu können. Eine ausdrückliche Bestätigung findet dieses Fragerecht in einer großen Zahl von Rechten. So S. Sp. III. 41. §. 4 und dazu die Glosse. Richtsteig Landrechts c. 6 u. c. 38. §. 5. Sächs. Weichb. art. 34 u. art. 100. §. 2 und dazu die Glosse. Görlitzer Recht von 1304 art. 101. (Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht S. 304). System. Schöffen-R. (Laband) III. 2. c. 24. Culm III. 61. Schles. Landrecht von 1356 c. 297. Goslar. Std.R. p. 69. Z. 19. Rsb. nach Distinct. III. c. 10. d. 1. Pölm. Dist. V. 4. d. 4. Hamburger Stadtrecht von 1270 VI. 33. Rec. von 1292 A. 10 von 1497 B. XVII von 1603 I. 19. 1. Sp. D. L. c. 278. Brünner Schöffenbuch c. 171.

Durch die Antwort sollte der Verklagte besser in den Stand gesetzt werden, die Rechtmäßigkeit des klägerischen Anspruches zu beurtheilen, um dem entsprechend sein eigenes Verhalten einzurichten. Aber nur dann konnte er die Entscheidung, ob er die behauptete Verpflichtung anerkennen oder den Prozeß übernehmen wolle, abhängig machen von einer näheren Bezeichnung des Schuldgrundes durch den Kläger, wenn von diesem eine genaue Kenntniß desselben vorausgesetzt werden durfte. Klagte ein Erbe, so stand es diesem frei, auf Grund der im Nachlaß vorgefundenen Notizen eine Schuld ganz allgemein zu behaupten und eidlich zu erhärten, daß ihm über ihre Entstehung nichts weiter bekannt sei. Dem Verklagten blieb dann nichts übrig, als zuzugestehen, oder mit der Verpflichtung zur eidlichen Bekräftigung seiner Erklärung die Schuld abzuleugnen [30]). Es wurde von ihm verlangt, daß er über seine eigenen Angelegenheiten so weit orientirt sei, um ohne Gefährdung seines Gewissens einen unbegründeten Anspruch, auch

[30]) Vergl. Rsb. n. Dist. III. c. 10. d. 1. Pölm. Dist. V. 4. d. 4.

wenn ihm der angebliche Entstehungsgrund nicht noch besonders in das Gedächtniß zurückgerufen werde, durch seinen Eid zurückweisen zu können.

Bei Gelegenheit dieses Fragerechtes finden sich in mehreren Quellen Versuche, einen Ueberblick über die verschiedenen Obligationsgründe zu geben. Nichts aber vermag besser den geringen Grad wissenschaftlicher Durchdringung des bereits entwickelten Rechtsstoffes zu charakterisiren als gerade diese Versuche, die auch nicht annähernd ein Schema aufstellen, in welches die unzweifelhaft bekannten Geschäfte eingeordnet werden können. Der Sachsenspiegel III, 41. §. 4 und im Anschluß an ihn das Görlitzer Recht von 1304 art. 101, das schlesische Landrecht von 1356 c. 297 und der Spiegel deutscher Leute c. 278 reden nur von einer Verpflichtung des Klägers zu sagen:

> weder he't von gelovede scüldich si, oder von erve dat he untvangen hebbe.

Das Magdeburger systematische Schöffenrecht Bch. III, 2. c. 24, welchem der Culm III, 61 entspricht, unterscheidet eine Schuld:

> von erbis wegne ader von gelobdis wegne, adir von wannyn daz sy, do dy schult von komyn sy

und ebenso bezeichnet das Hamburger Recht Rec. von 1270 VI, 33 sowie an den entsprechenden Stellen der späteren Recensionen die von ihm gegebene Aufzählung der causae debendi:

> weder it sy van kumpanye, ofte van schaden, ofte van medegift, ofte van welken stucken it sy

selbst als eine unvollständige.

Ganz seltsam ist die Eintheilung der Schuldgründe im Richtsteig Landrechts c. 6:

> Dat en dem anderen wat plichtich tu donde wert, dat kumt tu virlei wis. Tom ersten van borgende, also eft me eneme sulven wat tu borge dut. Tum anderen male van gelovede, dat is alse en des anderen borge wert. Dat drudde is van erves wegene, alse wen me den erven sculdeget umme des doden scult. Tum virden kumt it tu van unterwindinge, alse oft sik des en underwint, dat en ander secht he si eme des plichtig tu rumende.

Interessant ist es, wie der Glossator zum S.Sp. und nicht minder der Glossator zum sächsischen Weichbildrecht die vier rö-

mischen causae civiles: res, verba, litterae, consensus auch im deutschen Recht wiederzufinden bemüht sind. So lehrt Johann von Buch zu S.Sp. I, 7 im Anschluß an die Worte: „so icht borget" unter mehrfacher Bezugnahme auf das römische Recht:

> In dessem artikel begript he kortlike dy vier stucke, dy eynen schuldig maken. Id erste is von eyme dinge, als dat he borget, dat is he schuldich thu geldene. — Tom anderen wert ein schuldich vom worden, offt he wort redet vor sik edder vor einen anderen. Dat rurt he dar he secht: lovet etc. — To dem drudden wert eyn schuldich von breven, dy he gifft, edder dar he wat ynne lovet. — Tom vierden wert eyn schuldig vom vulbort, als dy up myn gut thyt dy wert my schuldich mynen pacht.

Die gleiche Erörterung findet sich in der Glosse zum sächs. Weichbild art. 90, wo sie Nicolaus Wurm zum Verfasser hat, von dem dann auch wohl eine Bearbeitung des Richtsteiges herrührt, die gleichermaßen eine Begründung der Obligationen re, verbis, literis, consensu annimmt [31]).

So gewaltsam auch diese Verpflanzung der römischen Schuldgründe auf den deutschen Boden sein mag, so gibt sie uns doch gewichtige Fingerzeige für das Verständniß der deutschrechtlichen Grundsätze. Wir werden deshalb später auf sie wieder zurückzukommen haben, doch mag gleich jetzt darauf hingewiesen werden, wie das Gelöbniß schlechthin der Stipulation, das schriftliche Versprechen der literarum obligatio gleichgestellt ist.

Bei aller Dürftigkeit der allgemeinen Theorie der Verträge kann es aber einem Zweifel nicht unterliegen, daß einzelne materielle Geschäfte wie Kauf, Tausch, Miethe, Gesellschaftsvertrag, Darlehn, Leihe u. a. als besonders geartete Vereinbarungen sich entwickelt hatten und nach eigenen Rechtsgrundsätzen beurtheilt wurden. Machte nun der Kläger aus einem solchen Geschäfte einen Anspruch geltend, so verstand es sich weiter von selbst, daß er auf die Frage des Verklagten den Hergang bei der Verpflichtung so darstellte, wie er sich in Wahrheit zugetragen hatte. Daß bei einem materiell individualisirten Geschäft der Kläger sich schlechthin auf das Versprechen seines Gegners berufen haben sollte, ist

---

[31]) Vergl. darüber Homeyer, Der Richtsteig Landrechts S. 67 in Verbindung mit Anm. 1 zu c. 6.

aus mehr als einem Grunde nicht anzunehmen. Ein solches Verfahren würde einmal das Bewußtsein vorausgesetzt haben, daß die Begründung der Klage auf ein abstraktes Versprechen Vortheile gewähre, die bei Verfolgung eines Anspruches aus einem materiellen Geschäft eingebüßt würden, während offenbar ein solches Bewußtsein bei dem Mangel jeder Einsicht in den berührten Gegensatz den Parteien nicht innewohnen konnte. Sodann aber sicherte die Eigenthümlichkeit des deutschen Prozesses in hohem Grade gegen die Möglichkeit, daß eine Partei wider besseres Wissen die Wahrheit entstellte. Schon von v. Bar[32]) ist darauf hingewiesen, wie die vollständige Oeffentlichkeit der Verhandlung in Verbindung mit dem persönlichen Auftreten der Parteien auf das vortheilhafteste die Wahrhaftigkeit der Parteiaussagen fördern mußte, zumal da die Nothwendigkeit sofortiger Erklärung und der Ausschluß eventueller Angaben die Aufstellung unrichtiger Behauptungen zu gleicher Zeit erschwerte und mit der Gefahr des Prozeßverlustes bedrohte. Dazu kommt, daß der Verklagte, wenn Kläger eine der Wahrheit nicht ganz entsprechende Begründung seines Anspruches vorbrachte, guten Gewissens das geltend gemachte Recht eidlich in Abrede stellen konnte, wozu er, wenn wir absehen von den gerichtlich eingegangenen Verträgen, nach sächsischem Rechte stets, nach dem Rechte der anderen Gebiete wenigstens dann verstattet wurde, wenn der Kläger anderweiten Beweis seiner Behauptung nicht zu erbringen vermochte. So können wir denn als feststehend annehmen, daß der Kläger auf die Frage des Verklagten nur dann auf das Gelöbniß schlechthin Bezug nahm, wenn in Wahrheit ein einseitiges Versprechen von diesem abgegeben war.

So erklärt es sich, wie im Richtsteig c. 6 und in den citirten Glossen zum S.Sp. und zum sächs. Weichbild das „lovede" als besonderer Schuldgrund einen Gegensatz bildet zu den Realverträgen sowohl als zu den Consensualverträgen im römischen Sinn, und wie auch sonst mehrfach die Klage um Schuld unterschieden wird von der Klage umb gelobde[33]).

---

[32]) Das Beweisurtheil S. 43 ff.

[33]) Man vergl. Magdeb. Fragen (Behrend) II, 2. Dist. 22 u. II, 9. Dist. 1. Bremer Stadtrecht von 1303, Dhe menen ordele CXXII (Oelr. p. 138). Red. von 1428. III, c. 5 (p. 368). Red. von 1433 ord. 24 (p. 513). Andrerseits spricht das Hamburger Recht, Red. von 1270 VI, 14 und von 1497 L. 2 ausdrücklich von einem lovede an kope oder an hure.

Aber auch die weitere Schwierigkeit ist damit beseitigt, wie trotz der allgemein gehaltenen Klage, für welche Bestimmungen wie die des sächs. Weichbildrechtes art. 32. §. 4:

> Der Richter mag nymande von siner clage wisen ane des willen, uff den die clage geth

gerechtfertigt waren, von gesetzlich gemißbilligten Ansprüchen in Ausdrücken gesprochen werden konnte, die auf eine Zurückweisung des Klägers ohne jede Verhandlung hinzudeuten scheinen. Dies gilt namentlich von den Spiel- und Wettschulden, die nach dem Rechte mancher Gegenden gerichtlich nicht sollten verfolgt werden können. Rücksichtlich ihrer verordnet das Schöffenrecht für Breslau von 1261 §. 51:

> Beklaget ein man den andern umbe topelspil, her en hat ime nicht zu antworten[34]),

während das system. Schöffenrecht III. 2, 42 das Verhalten des Richters regelt und bestimmt:

> Wetten lute umme wetteleufe mit pferdin adir des glich adir in deme spele ymant den andirn hindirt, daz ist eyn spil von mutwiln, do sal der richter nicht obir richtin noch die scheppfin orteil dorobir vindin[35]).

Nach Bamberger Stadtrecht §. 37 war wenigstens der Zeugenbeweis bei Spielschulden ausgeschlossen, wenn auch die zugestandene Verpflichtung erfüllt werden mußte.

Alle diese Bestimmungen kamen zur Anwendung, sobald aus der Antwort des Klägers sich ergab, daß eine Spielschuld in Frage stehe. In gleicher Weise wurde durch die Antwort festgestellt, ob das Verbot des Zinsennehmens den Anspruch ausschließe[36]), oder ob die Klage unbegründet sei, weil der Verklagte als Erbe nur in beschränkter Weise für die Schulden seines Erblassers haftete[37]).

Wie nun aber, wenn im einzelnen Falle der Kläger sich schlecht-

---

[34]) Die gleiche Bestimmung findet sich im Schöffenrecht für Görlitz von 1304 art. 107, im system. Schöffenrecht III, 2. 40, dem Culm III. 77, dem Rechtsb. nach Distinctionen IV, 36. d. 9. Vergl. auch Baiersches Stadtrecht, tit. ludentium (von Freyberg, Sammlung hist. Schriften, Bd. V. S. 420 ff.). §. Von spiln und kugeln.

[35]) Man vergl. Culm III, 79. Sächs. Weichbild art. 100. §. 2. u. dazu die Glosse, Brünner Schöffenbuch nr. 483.

[36]) Vergl. Schw. Sp. c. 160. Stadtr. von Ruprecht v. Freysingen c. 73.

[37]) S. S.Sp. I, 6. §. 2. Richtsteig Landrechts c. 10. §. 3.

hin auf das Gelöbniß berief? Damit kommen wir auf die Frage, die uns vorzugsweise von Wichtigkeit ist, und für welche die bisherige Erörterung nur die Grundlage uns sichern sollte, die Frage nach der bindenden Kraft des abstrakten Versprechens. Genügte der Kläger seiner Pflicht, über den Schuldgrund Auskunft zu geben, wenn er einfach auf das gegebene Versprechen hinwies? Für die Bejahung dieser Frage sind schon die angeführten Aussprüche, in denen das lovede als ein besonderer Schuldgrund erscheint, ein gewichtiges Argument. Aber auch sonst noch läßt sich nachweisen, daß die specielle Veranlassung, die zu dem Versprechen geführt hatte, nicht auch gleichzeitig mit angegeben werden mußte.

Einen nicht gering zu achtenden Beleg gewährt der Richtsteig Landrechts cap. 41. Es wird daselbst eine Klage mitgetheilt, bei welcher der Kläger sofort den Schuldgrund, das Gelöbniß, angibt:

> §. 1. — Her richter, N. der claget gode unde iu, dat N. heft eme gelovet bi sinen truwen, unde biddet ens ordels, oft gi ene van rechte icht scolen tur antwerde biden.

Dieser Klage setzt zuvörderst der Verklagte eine Frage entgegen, nicht aber um zu erfahren, aus welchem Grunde gelobt sei, sondern um über den vom Kläger in Anspruch genommenen Gegenstand Auskunft zu erlangen. Er fragt:

> §. 2. — oft he em icht scole secgen, wat he em gelovet hebbe.

Ganz direkt aber entscheidet unsere Frage ein Kapitel des systematischen Schöffenrechts nach dem Texte des Codex Rhedigeranus, welches Laband in seiner Ausgabe Buch III. Theil 2. cap. 133 mittheilt. Es verklagt Jemand einen Andern „umme slechte gelöbde", und spricht,

> das ym der antworter globit habe gelt, wy vil des sey, an arg, ane geczog und ane hyndernis zu geben".

Der Verklagte fragt dagegen:

> „ap der clegir nicht benennen sulde, von wanne dy schulde queme",

aber obschon der Richter dies für billig erachtet, läßt sich der Kläger darauf nicht ein. Dies veranlaßt den Antworter zu der weiteren Frage:

> „synt der clegir bekente von vanne dy schulde queme und er nicht antworte, ab her nicht billig ledig seyn sulde von em adir was recht sey",

worauf der Bescheid ertheilt wird:

„Das kan den antwortir allis nicht gehelffen, sunder her mus vorsachen adir bekennen, ap her deme clegir das gelt globt habe adir nicht“.

Für auffallend vermag ich dieses Resultat in keiner Weise zu erkären. Die Gründe der eigenen Handlungsweise muß Jeder selbst wissen, und Niemand kann deshalb die Unmöglichkeit einer genügenden Vertheidigung behaupten, weil ihm allein sein Versprechen zur Begründung einer Forderung entgegengehalten wird. Derselbe Gedanke hat zu der Bestimmung des S.Sp. I, 6. §. 5 geführt:

Der scult, die de man selve scüldich is, der ne darf man em nicht innern, he sal ir bekennen oder versaken [38]),

wozu der Glossator des Hamburger Rechts von 1497 L. I. die Bemerkung macht:

das nement bet also he de warhyt von kan weten

und ferner:

darumme ghemeenlyken de rechte seggen, dat unwetenheyt nemende betruweth wert in synem eghen wercke effte handel, de nemandt beth kan weten alsze he sulven.

Auch Zobel zieht unter Bezugnahme auf die lateinische Glosse aus S.Sp. I. 7 die Regel:

Unwissenheit in eins selbst eigener Handlung und that entschuldiget niemandt.

Nach den bisherigen Ausführungen wird es kaum noch Bedenken erregen, wenn zuweilen von der Pflicht des Klägers, die Natur seines Anspruches zu bezeichnen, in Ausdrücken gesprochen wird, die, wenn sie allein ständen, allerdings als Beweis dafür benutzt werden könnten, daß der Kläger durch seine Angaben die ökonomische Bedeutung der behaupteten Verpflichtung habe klar machen müssen. So verlangt das Brünner Schöffenbuch c. 171:

Reo petente iudex debet actorem agentem pro debitis pecuniarum et praecipue magnarum compellere, quod declaret, ex qua re qualiter et quo loco et tempore huiusmodi debita sint contracta.

Die Wendung: ex qua re debita sint contracta läßt auch wohl

[38]) Die besonderen Grundsätze, welche bei der Klage gegen die Erben zur Anwendung kamen, bleiben unerörtert, da sie uns zu tief in die Beweistheorie des deutschen Rechts hineinführen würden.

das Verständniß zu, daß überhaupt das der Klage zu Grunde liegende Geschäft ersichtlich sein müsse. Sollte man aber darin eine Hinweisung auf die für nothwendig erachtete Rechtfertigung des Versprechens zu finden gezwungen sein, so würde ich kein Bedenken tragen, in dieser Bestimmung bereits eine Einwirkung der italienischen Rechtstheorie zu erblicken, deren Spuren ja auch sonst vielfach im Brünner Stadtbuch uns entgegen treten.

Steht aber einmal fest, daß der Verklagte nicht mehr eine zu allgemeine Haltung der Klage behaupten, nicht mehr über den Mangel eines festen Anhaltes für seine Vertheidigung sich beschweren konnte, sobald nur Seitens des Klägers das Gelöbniß als der Grund seines Anspruches bezeichnet worden war, so folgt hieraus auch mit Nothwendigkeit, daß durch die Feststellung des Versprechens ohne weiteres die Klage als gerechtfertigt sich darstellte. Es ergibt sich dies aus der einfachen Erwägung, daß, wenn der Verklagte sich nicht zu einem Zugeständniß veranlaßt sehen konnte, die Angaben des Klägers das vollständige Material enthalten mußten, welches den Richter einen Spruch zu fällen in den Stand setzte.

Freilich ist zuweilen behauptet worden, der Richter im deutschen Prozeß habe gar nicht die Aufgabe gehabt, durch Unterordnung des ihm von den Parteien zu unterbreitenden thatsächlichen Materials unter die allgemeine Rechtsordnung die Frage nach Recht und Unrecht im Sinne des römischen Richters zu entscheiden, er habe vielmehr nur festgestellt, welche Partei ihr eigenes Urtheil über den Rechtsstreit feierlich zur bindenden Norm zu erheben befugt sei. Aber wenn auch im deutschen Prozeß dem Urtheil der Parteien ein weiterer Spielraum gelassen wurde, als man ihm heut zu Tage einzuräumen geneigt ist, so ging dies doch nicht so weit, daß die allgemeine Idee eines jeden Prozesses, wonach die streitenden Parteien ihre Differenzen dem Gericht vortragen, um von diesem nach allgemeingültigen Rechtsnormen eine Entscheidung zu erhalten, darüber Schiffbruch gelitten hätte.

Um sich dies im vollen Umfange klar zu machen, thut man wohl, bei der Betrachtung von den Fällen auszugehen, bei denen der Eid des Verklagten ausgeschlossen wurde durch Beweismittel des Klägers [39]). Hier kann es einem Zweifel nicht unterliegen,

[39]) Eine Durchführung des richtigen Gedankens auch mit Bezug auf die dinglichen Klagen liegt nicht in unserer Aufgabe.

daß eine principielle Verschiedenheit zwischen dem deutschen und beispielsweise dem römischen Recht nicht besteht. Beide verlangen vom Kläger, daß er die Wahrheit von Thatsachen erhärte, aus denen nach dem Urtheil des Gerichts das behauptete Recht hervorgehen muß. Daß aber die Stellung des Richters eine principiell entgegengesetzte geworden sei, wenn es im einzelnen Fall dem Kläger an tauglichen Beweismitteln fehlte, oder wenn, wie nach sächsischem Recht immer, nach anderen Rechten wenigstens in einzelnen Fällen[40]), das Privatzeugniß ausgeschlossen war, läßt sich nicht annehmen. Hatte der Kläger von vorn herein einen besonderen Thatbestand zur Rechtfertigung seines Antrages behauptet, oder hatte er einen solchen in Folge der oben erörterten Frage des Verklagten nachträglich angegeben, so war der Eid des Verklagten nichts als ein Beweismittel und unterschied sich von dem in iudicio über bestimmte Thatsachen zugeschobenen Eide der Römer nur dadurch, daß der Verklagte unabhängig von dem Willen des Klägers auf seine Ableistung ein selbständiges Recht hatte. Wo das „vertügen", das „obirczugen" nicht zugelassen wurde, oder wo dem Kläger keine Zeugen mit den erforderlichen Eigenschaften zu Gebote standen, da ersetzte die Weigerung der eidlichen Ableugnung Seitens des Verklagten den Beweis des Klägers. Der Eid mußte deshalb eben darauf gerichtet sein, worauf sonst der Beweis sich zu erstrecken gehabt haben würde.

Nur wenn die Klage in voller Unbestimmtheit verblieben war, weil der Verklagte von seinem Fragerecht keinen Gebrauch gemacht hatte, dann erschien der Richter nicht sowohl als Organ der Rechtsfindung als vielmehr in seiner Eigenschaft als Wahrer der Ordnung für den durch die Parteien selbst zum Austrag zu bringenden Rechtshandel. Daß ein solcher Fall sich nur annehmen läßt, wenn ein durch Beweismittel nicht unterstützter Anspruch geltend gemacht werden sollte, ergibt sich von selbst, wenn man bedenkt, wie die Beweismittel sich doch immer auf ein bestimmtes Ereigniß beziehen müssen, das dann selbst zur Individualisirung der Klage

[40]) So konnte nach dem sys. Schöff. R. III, 2. c. 38 ein Christ nie durch einen Juden, nach c. 39 eine Frau nie durch ihren Mann, nach den Magdeb. Fr. II, 2. d. 21 ein Mann nie durch eine Frau, und umgekehrt nach d. 22 eine Frau nie durch einen Mann, nach Bremer Recht, Antiqua von 1303. Dhe menen ord. IX. (Oelr. p. 71) der Bürge bei Forderungen über 4 Schillinge nie durch einen Gast überzeugt werden.

geführt haben würde. Der Richter stand dann dem römischen Magistrate gleich, vor dem eine Partei der andern über den ganzen fraglichen Rechtsanspruch den Eid zugeschoben hat. Eine Prüfung der Klage ging ausschließlich von dem Verklagten aus, der gleichermaßen zur eidlichen Zurückweisung des Klägers gelangen konnte, wenn nie ein Ereigniß für ihn eine Verpflichtung in's Leben gerufen hatte, oder wenn die früher begründete Schuld von ihm bereits getilgt worden war.

Können wir also annehmen, daß, abgesehen von dem Falle einer ganz allgemein gehaltenen Klage, auch der deutsche Richter der Prüfung sich nicht entziehen konnte, ob der geltend gemachte Anspruch als Consequenz aus dem behaupteten Thatbestand sich ergebe, und haben wir ferner gesehen, daß der Kläger seine Klage durch den Hinweis auf das Gelöbniß hinreichend substantiirt hatte, so wird nunmehr die Folgerung keinem Bedenken mehr unterliegen, daß das abstrakte Versprechen eine Forderung begründete.

Durch diese Ausführung sind wir in entschiedenen Widerspruch getreten mit einer Ansicht, welche gerade vom prozessualischen Standpunkt aus glaubt den Beweis führen zu können, daß das alte deutsche Recht den angeblich widersinnigen Satz, daß auch aus einem Versprechen ohne materielle causa eine wirksame Klage hervorgehe, nicht anerkannt habe. Gestützt auf die vielfach aufgestellte Behauptung, daß der Verklagte stets dann der Klage einen eidlich bekräftigten Widerspruch habe entgegensetzen können, wenn der erhobene Anspruch von ihm für nicht gerechtfertigt erachtet sei, hat man auch für den aus einem abstrakten Versprechen Verklagten das Recht in Anspruch genommen, die Klage durch seinen Eid zu entkräften, und daraus die Erfolglosigkeit eines von der causa losgelösten Gelöbnisses gefolgert[41]).

Wir haben es an dieser Stelle nicht mit der Frage zu thun, ob die citirten Schriftsteller sich über die verschiedenen Begriffe, welche sich mit dem Worte causa verbinden lassen, vollkommen klar gewesen sind. Nur auf die Gestaltung des deutschen Prozesses im Mittelalter kommt es uns augenblicklich an. Und da ist denn für die Ansicht unserer Gegner die Vorfrage entscheidend, ob der Verklagte stets dann, wenn nach seinem Urtheil der Kläger zurück-

[41]) Vergl. Schmid, Leipz. Krit. Jahrb. Jahrg. V. S. 892. Heimbach, Zeitschr. f. Civ. u. Proz. N. F. XIII. S. 105.

gewiesen werden mußte, weil er entweder nie berechtigt gewesen war oder sein Recht bereits wieder verloren hatte, seine Nichtschuld durch einen Eid habe feststellen können?

Für den Fall einer allgemein gehaltenen und auch nachträglich nicht specialisirten Klage haben wir bereits gesehen, daß in der That die Entscheidung wesentlich bei der Partei lag, welche zum Eide verstattet wurde, sei es daß sie allein oder unterstützt durch Eideshelfer den Schwur ablegte. Hier konnte dann selbstverständlich von einem Meineide des sich frei schwörenden Verklagten nicht die Rede sein, wenn zwar von diesem das Versprechen einer bestimmten Leistung gegeben war, besondere Umstände aber der bindenden Kraft desselben entgegenstanden. Denn nicht die Thatsache des Versprechens, sondern die Existenz einer Schuld war von ihm in Abrede gestellt worden.

Ganz anders gestaltete sich aber der Prozeß, wenn der besondere Klagegrund vom Kläger angegeben wurde. Konnte sich dieser dabei auf glaubwürdige Zeugen berufen, so fiel in dem weitaus größeren Theile von Deutschland jenes behauptete Schwurrecht des Verklagten schon deshalb fort, weil er zum Beweise überhaupt nur zugelassen wurde, wenn er auch seinerseits Zeugen anzuführen vermochte, deren Aussagen sich dann auf bestimmte Thatsachen beziehen mußten. So ordnet §. 78 des von den Magdeburger Schöffen ertheilten Breslauer Rechtes von 1261 an (Gaupp S. 249):

> Claget ein man vor gerichte mit geziuge umbe sin gelt, daz mach her wol behalden mit erhaften liuten die unvorworfen sin, also verne alse jener sprichet, her sie is unschuldich. Sprichet her aber her habet ime vorgolden, so brichet her ime sinen geziuch. Daz muz her volbringen silbe dritte uf den heiligen mit erhaften liuten.

Im Görlitzer Recht von 1304 heißt es art. 127:

> — Beclaget abir ein man den anderen mit gezuge umme gelt, unde jener sprichet, her en si im nicht schuldic, ist der cleger nehr ubir en zu kumene mit gezuge selbe dritte, danne hez ledic mage werden alleine.

Allgemeiner gefaßt sprechen die Magdeburger Fragen I, 20. d. 1 die Regel aus:

> — Loukent abir eyn man des — so mag her des un-

> schuldig werdin in sulchir wisze als man yn anclaget, mit geczuge adir ane geczuge,

oder das Brünner Schöffenbuch nr. 19:

> — Unde agens pro debitis pro vivo vel pro mortuo si simpliciter agit reus negans simpliciter se expurgat. Si autem agit cum testibus, reus tenetur se cum testibus expurgare [42]).

Ja die Nothwendigkeit, die Vertheidigung der vom Kläger angebotenen Begründung der Klage anzupassen, wurde zuweilen so weit ausgedehnt, daß man dem Erben, gegen den der Beweis vom Kläger mehrfach selbsiebend erbracht werden mußte, auch einen Beweis der Schuldtilgung selbsiebend zumuthete [43]), wobei dahin gestellt bleiben mag, ob man sich hier die Mitschwörenden sämmtlich als Zeugen oder wenigstens theilweise als blose Eidhelfer zu denken habe.

Nach sächsischem Recht oder wenn dem Kläger beweiskräftige Zeugen nicht zur Seite standen konnte allerdings der Verklagte durch seinen Eineid die Klage entkräften. Die Frage ist aber, ob, wenn in Wahrheit die vom Kläger behauptete Thatsache stattgefunden hatte, dieser Eid vom Verklagten ohne Gefährdung seines Gewissens geleistet werden durfte? Ist es richtig, was wir oben aussprachen, daß der Eid sich auf die Wahrheit oder Unwahrheit der klägerischen Angabe beziehen mußte, so liegt es auf der Hand, daß dem Verklagten ein Leugnen nicht gestattet war, wenn seines Erachtens dem Kläger trotz der Wahrheit der vorgebrachten thatsächlichen Momente ein gegenwärtiger Rechtsanspruch nicht zukam. Wollte in einem solchen Falle der Verklagte seinen Widerspruch gegen die Klage aufrecht erhalten, so blieb ihm nichts übrig, als unter Einräumung der angeführten Thatsache die Umstände selbständig geltend zu machen, aus denen er ein Recht auf Freisprechung glaubte herleiten zu können.

---

42) Man vergl. das Hallische Schöffen-Recht für Neumarkt von 1235 §. 30 (Gaupp S. 227). Syst. Schöffen-R. III, 2. c. 32. Culm III, 69. Magd. Fr. II, 2. d. 13. II, 10. d. 1. Sächs. Weichbild 76. Lübecker StR. von 1294 c. 187. Hamburger StR. von 1292 G. V. Rec. von 1497 F, XVIII. Bremer St. antiqua von 1303 ord. VII (p. 71) u. XLIV (p. 94). Rec. von 1433 ord. 9 (p. 505) u. ord. 18 (p. 509). Kaiserrecht I. 41. Baier. L.R. c. 278. Baier. St.R. tit. occ. per viam (S. 333 ff.) Wer gelts leugnet ꝛc. Bamberger St.R. §. 222.

43) M. s. Magdeb. Fr. II, 2. d. 12. Sächs. Weichbild art. 100.

Dieser aus dem Wesen des Prozesses abgeleitete Satz findet in den Quellen eine sehr entschiedene Bestätigung.

Ganz ausdrücklich wird er ausgesprochen in dem bereits citirten c. 133 des system. Sch.R. Bch. III. Th. 2, wo die schließliche Entscheidung auf die Frage, ob der Verklagte, welchem der Kläger den Grund des Gelöbnisses anzugeben sich weigere, nicht von der Schuld freigesprochen werden müsse, dahin lautet:

> „Das kan den antwortir allis nicht gehelffen, sunder her mus vorsachen adir bekennen, ap her deme clegir das gelt globt habe adir nicht."

Also gerade in einem Falle, in welchem eine causa des Versprechens nicht erhellt, darf der Verklagte nicht etwa ganz allgemein seine Nichtschuld beschwören, sondern muß seine Aussage so einrichten, daß sie über die Thatsache des Gelöbnisses ein Geständniß oder eine Ableugnung einschließt.

Nicht minder schlagend ist meines Erachtens die sorgsam entwickelte Theorie über den Beweis der Zahlung oder eines Nachlaßvertrages, die auch da zur Anwendung gebracht wird, wo eidliches Ableugnen zur Entkräftung der Klage genügt haben würde. Ich will mich nicht auf diejenigen Rechte berufen, bei denen, wie wir vorher sahen, Zeugen des Klägers den Eid des Verklagten ausschlossen. Man könnte ihnen gegenüber immer noch behaupten, die Stellen, welche zur Erhärtung der Zahlung die Gestellung von Zeugen verlangten, setzten eben Fälle voraus, in denen wegen der Begründung der Klage keinesfalls an einen Eineid des Verklagten gedacht werden könne. Vollständig entscheidend aber ist die Thatsache, daß auch nach sächsischem Recht, welches doch einen Ausschluß des Befreiungseides durch Privatzeugniß gar nicht kennt, der Verklagte, um auf Grund einer behaupteten Zahlung frei zu werden, selbdritt dieselbe beschwören muß, während bei der Berufung auf einen Erlaßvertrag der Kläger seinerseits zu einer eidlichen Ableugnung verstattet wird [44]). Man mag für die Durchbrechung des allgemeinen Principes, daß die Sachsen wegen einer außergerichtlichen Handlung nicht durch Zeugen sollen überführt

---

[44]) Man vergl. S.Sp. II, 6. §. 2 u. dazu I, 54. §. 3 u. I, 65. §. 4. Richtsteig L.R. cap. 8. §. 1. Hierher sind auch noch zu rechnen das St.R. von Goslar, welches zum Beweis der Zahlung sogar Gerichtszeugniß verlangt p. 71. Z. 30 ff. p. 72. Z. 13 ff. und das Rechtsb. n. Dist. III, 9. d. 1 u. III, 13. d. 1. Beide Rechtsbücher aber haben das sächsische Princip von

werden können, einen Grund annehmen, welchen man will, man mag es noch so sehr auffallend finden, daß nach Einräumung der Schuld der Kläger nicht ebenso gut die Behauptung der Zahlung wie die des Erlaßvertrages durch seinen Eineid zurückweisen konnte, so viel scheint sich mit Sicherheit zu ergeben, daß dem Verklagten nicht die Wahl frei stand, einfach das Nichtrecht des Klägers zu beschwören. Welcher Verklagte würde dann noch der Gefahr sich ausgesetzt haben, die Zeugen möglicher Weise nicht gestellen zu können, welcher würde gar sein Recht von der Gewissenhaftigkeit des durch die Anstellung der Klage schon verdächtigen Gegners abhängig zu machen geneigt gewesen sein?

Aber Alle, deren Theorie über die Stellung der Parteien im deutschen Prozeß für den Verklagten die Befugniß eines allgemeinen Freischwörens erfordert, haben sich, ohne den Widerspruch einer solchen mit den eben angeführten Beweisgrundsätzen zu beseitigen, mit großer Zuversicht auf das Recht von Goslar berufen, wo p. 72. Z. 13 ff. angeordnet ist:

> „Wert ein man beklaghet vor gherichte umme scult, unde sprikt de beklaghede man: ich was de scult sculdich, de hebbe ich ghegulden; dar mede ne mach he sich nicht ledighen, he ne hebbe des dat gherichte to tüghe dat he de scult vorgulden hebbe: oder he scal sunder bekantnisse sich der scult untsculdighen up den hilleghen“.

Hier werde ja mit klaren Worten dem Verklagten die Alternative offen gelassen, entweder die Begründung der Schuld zuzugeben und dann die Tilgung durch Gerichtszeugniß festzustellen, oder sofort die Nichtschuld eidlich zu bekräftigen [45]).

Es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß die Worte des Stadtrechtes diese Auffassung sehr begünstigen, wenn auch das Wahlrecht nur um so unbegreiflicher erscheint, je schwerer der mit dem Eineide angeblich concurrirende Beweis zu erbringen sein würde. Die Annahme aber, daß der Schluß der Stelle von einem

---

der Unstatthaftigkeit eines Privatzeugnisses zur Begründung der Klage nicht consequent festgehalten. Man vergl. Goslar. R. p. 79. Z. 1 ff. u. p. 72. Z. 22 mit p. 71. Z. 22, p. 78. Z. 38 ff., p. 94. Z. 11 ff. und RsB. n. Dist. IV, 43. d. 4. 5. 14 mit IV, 43. d. 1 u. III, 11. d. 7.

[45]) Planck, Das Recht der Beweisführung, Zeitschr. f. deutsches R. Bd. X. S. 240. Hänel, Das Beweissystem des S.Sp. S. 127. v. Bar, Das Beweisurtheil S. 94.

ganz anderen Fall rede als der erste Theil, wird durch die Fassung derselben keineswegs ausgeschlossen. Es würden dann ganz allgemein die verschiedenen Möglichkeiten besprochen sein, wie ein Verklagter die Zurückweisung des Klägers bewirken könne, indem er je nach der Lage des Falles entweder die Begründung der Schuld zugibt, aber ihre Tilgung behauptet, oder ohne ein derartiges Zugeständniß die Thatsache, jemals sich verpflichtet zu haben, in Abrede stellt. Dafür aber, daß man die Bestimmung wirklich in diesem Sinne verstehen müsse, scheint mir auch die ursprüngliche Form des Statutes, welche es in dem Privilegium Friedrichs II. von 1219 hatte, angeführt werden zu können. Dort heißt es (p. 112. Z. 36 ff.):

> Si quis aliquem pro debitis in iudicio convenerit, is qui convenitur nullam recusationem faciet, nisi quod neget debitum vel quod confiteatur. Nec aliquis mentiendo dicat, se in alio loco sub aliquo iudice debitum persolvisse: tamen si voluerit eiusdem debiti solutionem probare, faciat hoc cum iudice uno et duobus vel tribus burgensibus.

Offenbar werden hier die beiden Fälle, in denen der Verklagte der Forderung des Klägers gleichmäßig Widerspruch entgegensetzt, die Leugnung der Schuldbegründung und die Behauptung ihrer Tilgung, schärfer sich gegenübergestellt.

Auch das Rechtsb. nach Dist., welches zu einem großen Theil aus dem Goslarischen Stadtrecht hervorgegangen ist[46]), läßt sich zur Bestätigung benutzen. Die fragliche Bestimmung wird daselbst Bch. III. c. 13. d. 1 folgendermaßen wiedergegeben:

> Wert eyn man beclaget umbe schult vor gerichte unde spricht, ich waz sy schuldig, ich ben or aber nu nicht schuldigk: daz mus he selbderte vorrechten. Spricht her ouch, ich ha sy vorgulden, daz sted selbderte. Had her daz abir an gerichte vorgulden, daz darf her nicht vorrechte, wen her daz mid gerichte erzcugen mag. Spricht her abir mit slechten worten neyn, daz sted zcu sines selbes hand.

Schwerlich wird bei dieser Fassung Jemand auf die Idee kommen,

---

[46]) M. s. Ortloff p. XXX ff. Stobbe, Geschichte der Rechtsquellen I. S. 411 ff.

daß auch im Schlußsatz ein Fall vorausgesetzt ist, in welchem die frühere Existenz der Schuld von dem Verklagten nicht geleugnet werden kann.

Aber nicht nur eine nachträgliche Aufhebung der einmal begründeten Schuld konnte trotz der Wahrheit der vom Kläger geltend gemachten Thatsache den Sieg des Verklagten rechtfertigen. Es konnten auch anderweite Momente zu Gunsten desselben sprechen und ihm den Stoff zu einer Einrede gewähren. Daß sie ausdrücklich vorgeschützt werden mußten und nicht ohne weiteres zu einer Ableugnung des Klagerechts führen konnten, dürfen wir jetzt mit Bestimmtheit voraussetzen. Wir sind aber auch in der günstigen Lage, uns nicht nur auf Folgerungen verlassen zu müssen, da mehrfache Quellenaussprüche auch hier die Richtigkeit des Gesagten außer Zweifel stellen. An verschiedenen Stellen finden sich nämlich Bestimmungen über den Beweis, der rücksichtlich derartiger Einreden zu erbringen ist, wodurch dann wiederum festgestellt wird, daß das einfache Freischwören ein Mißbrauch des Eides gewesen sein würde.

Von allgemeiner Bedeutung ist die Regel des Stadtrechts von Goslar p. 72. Z. 19 ff.:

> „Wert en ghesculdighet vor gherichte, unde sprikt de beklaghede man: ich bekenne des mit dissem unterschede, unde benömt wudanwis dat unterscheb si, unde sinen ed dar to do, dat it also si, des scal man eme ghelöven, men ne moghes ene overtüghen alse recht is“,

welche auch in das Rsb. n. Dist. III. 13. d. 2 übergegangen ist. Wenn also die Angabe des Verklagten nicht durch Zeugen widerlegt werden kann, so wird sie durch seinen Eineid festgestellt. Eine vorzugsweise wichtige Anwendung dürfte diese Regel in den Fällen gefunden haben, in denen das Versprechen durch Zwang oder Betrug veranlaßt worden war. Daß ein auf diese Weise Verpflichteter zur Zahlung nicht solle angehalten werden können, ist vielfach ausdrücklich angeordnet worden[47]), während doch die

---

[47]) M. s. S.Sp. III, 41. §. 1—3. Rsb. n. Dist. IV. c. 41. d. 1. 3. 4. Pölm. Dist. VI. 29. d. 2. 3. 6. 7. Sp. D. L. c. 276 u. 277. Schw.Sp. c. 170. §. 3 u. 4. c. 307. Kaiserrecht IV, 8. Landr. von Ruprecht v. Fr. c. 111. c. 196. Brünner Schöffenb. c. 595. Eine zweifellose Einwirkung des römischen Rechts zeigt sich im c. 596. Daselbst wird von Verträgen, die nicht erfüllt zu werden brauchten, gehandelt und dabei

Thatsache des Gelöbnisses durch das tadelnswerthe Betragen des Gläubigers nicht beseitigt wurde. Nehmen wir nun an, daß der aus einem erzwungenen Versprechen in Anspruch genommene Verklagte unter Einräumung des Verpflichtungsaktes den Zwang durch den von ihm allein abzuleistenden Eid darthun konnte, so war er offenbar in vollkommen genügender Weise gegen die Nachtheile aus der gesetzlich gemißbilligten Handlung sicher gestellt. Diese günstige Lage dessen, der einen widerrechtlichen Einfluß auf die Freiheit des Willens zu seiner Vertheidigung geltend machte, gibt wohl den Schlüssel zu der interessanten Ueberarbeitung der Buch'schen Glosse zu S.Sp. III. 41. §. 4, wie sie bei Zobel abgedruckt ist. Buch hatte gesagt:

> Dat me nicht met behendicheit gelt dat sus gelovet were vor gerichte gevorderet werde, darumme scal dy kleger deme antwerder seggen, war van he em dat gelt schuldich sy, dat he prüve, wedder he des bekennen oder vorsaken moge ꝛc.

Die Ueberarbeitung lautet:

> Auff das niemandt mit hinterlist und betrug das gelt, so ihm vielleicht gelobet were, unter einem andern namen vor gericht fordern möge, als ob einer solches zu geloben were gezwungen oder mit untrewlicher gefengnisse betrenget worden, welcher er dann keines pflichtig ist zu halten, als hie stehet in diesem Artikel, darumb muß der kleger dem beklagten sagen, worumb und wovon er ihm solch gelt schuldig sei ꝛc.

Dem zu einem Versprechen Gezwungenen muß es daran liegen, daß das Gelöbniß als Schuldgrund nicht verdunkelt werde, daß der Gläubiger nicht unter einem andern Namen, also namentlich auch nicht unter gänzlichem Verschweigen der causa actionis, das Objekt der Schuld in Anspruch nehme. Denn sobald sich der Kläger auf das Gelöbniß beruft, ist er sicher, daß er mit gutem Gewissen durch die Beeidigung des Zwanges die Klage zurückweisen kann. Darum ist ihm das Fragerecht eingeräumt.

Nicht minder häufig wird die Regel zur Anwendung gekom-

---

bestimmt: Item dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subita stipulatio fit; per doli tamen vel metus exceptionem submoveri petito debet. Man vergl. auch die Entscheidungen des kaiserl. Hofgerichts Rudolf 1283. Pertz, legg. II. p. 444. Friedrich II. mon. Boica XXX. p. 307.

men sein, wenn der Verklagte den Einwand einer Fristverabredung der Klage entgegensetzte. Daß er denselben durch seinen Eineid begründen konnte, wird vielfach bezeugt, und nur wenn die zu gewinnende Zeit ein bestimmtes Maß überstieg oder wenn es sich um besonders große Summen handelte, mußten zuweilen mit ihm zugleich auch Zeugen den Eid ableisten[48]).

Weitere Beispiele dieses dem Verklagten zustehenden Beweisrechtes finden sich bei Hänel l. c. S. 105 ff., so daß ich mich darauf beschränken kann, nur noch eine Bestimmung des Baierischen Stadtrechtes anzuführen. Dort heißt es in dem tit. ludentium (S. 420 ff.) unter der Ueberschrift: Wer anklegt umb spilgelt ꝛc.:

> Wer den andern anspricht umb gelt und jener spricht, des pin ich schuldig worden und ist auch spilgelt und jener her wider spricht, er ist mir des gelts von kainem spil nicht schuldig worden, mag er des war gemachen als meins herrn puch sait, des sol er genießen.

Augenscheinlich haben wir es hier mit einem Falle zu thun, in welchem das wirklich abgegebene Versprechen nach der Behauptung des Verklagten eine aus einem Spiel hervorgegangene Schuld in sich aufgenommen hat. Die Thatsache, daß in Wahrheit gelobt ist, hindert das einfache Ableugnen der Verpflichtung, aber es genügt die Erklärung, daß ein unerlaubtes Geschäft dem Versprechen zu Grunde liege, um den Kläger zur Widerlegung des Einwandes zu zwingen. Vermag er zu diesem Zwecke keine Zeugen zu stellen, so beschwört der Verklagte seine Angabe und wird dann freigesprochen[49]).

Fassen wir das Resultat noch einmal zusammen, so kann es dahin formulirt werden: der Verklagte, welcher durch Zeugen des Klägers vom Beweise nicht ausgeschlossen wird, kann allerdings thatsächlich die Klage durch seinen Eineid unbedingt entkräften; um aber gewissenhaft zu handeln, muß er den wirklich abgeschlossenen Vertrag zugestehen und die eine Freisprechung trotz dem rechtfertigenden Momente selbständig geltend machen.

Bei dieser Untersuchung ist bisher nicht Rücksicht genommen

---

48) Man vergl. die Quellenzeugnisse bei Planck l. c. S. 311. N. 225. Stobbe l. c. S. 86.

49) Daß bei dem Mangel von Zeugen zu Gunsten des Klägers der Verklagte jedesfalls schwören muß, ergibt sich aus dem tit. occupantium per viam.

auf eine eigenthümliche Ansicht, welche Hänel in der mehrfach citirten Schrift über das Beweissystem des S.Sp. aufgestellt hat. Sie erfordert noch einige Bemerkungen. Nach ihm (S. 95 ff.) soll der Verklagte, welcher das äußere Faktum des Vertragsabschlusses nicht in Abrede stellen konnte, doch das Recht gehabt haben, die Schuld eidlich zu leugnen, wenn das innere Willensmoment in Folge eines Irrthums, der Nichternstlichkeit oder wegen sonstiger Faktoren mit der äußeren Handlung nicht in Uebereinstimmung gestanden habe. Nur so seien die Worte in S.Sp. I. 18. §. 2:

> „svat so de man vor gerichte nicht ne dut, svo wetenlik it si, dat he des mit siner unscult untgeit unde man's in nicht vertügen ne mach"

zu verstehen, da die Befugniß, das Faktum einer offenkundigen Handlung abzuleugnen, wegen der Unmöglichkeit eines Rechtes zum Meineid damit nicht gemeint sein könne. — Wenn aber schon den Worten „svo wetenlik it si" in der Verbindung des ursprünglichen Textes nur bei sehr gewaltsamer Interpretation der angebliche Sinn untergeschoben werden kann, so wird ein solches Verständniß geradezu unmöglich, wenn man einen Blick wirft auf die lateinische Uebersetzung oder auf den Text, wie er z. B. bei Zobel wiedergegeben wird. Jene lautet:

> quod quidquid Saxo in iudicio non fecerit, si sacramento mediante negare voluerit, hoc facere potest, convincibili probatione aliqua non obstante.

Dieser ersetzt die fraglichen Worte durch die Wendung: „wie wissentlichen das sünfte wehr". Offenbar ist also mit jenen „svo wetenlik" ꝛc. nichts weiter bestimmt, als was der Richtsteig 46 §. 1 auf das unzweideutigste ausspricht, indem er die Frage des unter Angabe von Zeugen Verklagten:

> „ic bidde ens rechtes, na deme dat hir sessisch recht is, oft me mi umme sodane scult vortugen moge sunder hulpe eines gehegeden dinges"

mit nein beantworten läßt[50]). Was den Inhalt der Bestimmung selbst anbelangt, so gewährt sie allerdings kein Recht zum Mein-

---

[50]) Zobel selbst berichtet in der Note b zu S.Sp. 1, 7 über den Inhalt von art. 18: quod quidquid aliquis fecisset extra iudicium qantumcunque etiam illud omnibus foret notorium, se tamen de eo purgare et liberare per iuramentum valeat. Doch sei diese Bestimmung reprobirt.

eide, wohl aber gibt sie wie jedes Recht, das den Zeugenbeweis ausschließt, dem Verklagten die Befugniß, für den Ausgang des Privatrechtsstreites seinen Eid zur unbedingt durchgreifenden Norm zu erheben, mag dann auch in einer Criminaluntersuchung die frevelhafte Verletzung der Wahrheit zu einer Verurtheilung wegen Meineides führen.

Aber nicht nur die prozessualischen Grundsätze führen zu dem Resultate, daß nach deutschem Recht das abstrakte Versprechen eine wirksame Klage erzeugte. Nicht minder gelangt man zu demselben, wenn man ausgeht von dem allgemeinen Princip, welches das deutsche Obligationenrecht beherrschte. Wie wir dem Satze gegenüber, daß die Gelöbnisse erfüllt werden müßten, ohne ausdrückliche Bestimmung die Wirksamkeit einer obligatorischen Verabredung nicht abhängig machen konnten von der Beobachtung einer bestimmten Form, so hindert uns derselbe auch, rücksichtlich des Inhaltes der Regel nach mehr zu verlangen als eine Verständigung über eine Leistung, die nach geltendem Recht als erlaubt und möglich sich darstellte. Wird allgemein die bindende Kraft der Verträge anerkannt, so bedarf der einzelne, um auch seinerseits des Rechtsschutzes theilhaftig zu werden, nicht erst noch des Nachweises, wie er durch seinen besonderen Inhalt einen bestimmten ökonomischen Zweck erfülle, der auf vorzügliche Anerkennung Anspruch zu erheben berechtigt sei. Auch ohne diesen Nachweis fällt der Vertrag unter die allgemeine Regel, und wenn die Parteien aus was für Gründen auch immer sich auf den Ausdruck des nackten Leistungswillens beschränkt haben, so fehlt jede Berechtigung, dem so erklärten Vertragswillen die Wirksamkeit zu versagen.

Damit ist, wie wir sahen, nicht ausgeschlossen, daß das auf einen erlaubten Gegenstand gerichtete Versprechen einer Anfechtung unterliegen könne. Der Angriff gegen seine bindende Kraft läßt sich nur nicht darauf stützen, daß der Kläger den materiellen Zusammenhang, in welchem es abgegeben, darzulegen verpflichtet sei. Vielmehr muß der Verklagte nachweisen, weshalb unter den gegebenen Verhältnissen der formell genügende Vertrag dennoch eine zwingende Verpflichtung nicht zu begründen vermöge.

Einen ganz durchschlagenden Beweis für die Richtigkeit der Behauptung, daß nach deutschem Recht das formlose, abstrakte Versprechen eine gerichtlich verfolgbare Obligation erzeugt habe,

glaube ich in der lateinischen Glosse zu S.Sp. I. 7 zu finden. Daselbst erörtert der Glossator im Anschluß an die lateinische Uebersetzung des S.Sp., welche das „lovet" des deutschen Textes wiedergibt mit „stipulatus est", ausführlich die Gründe, weshalb die Stipulation auch ohne Angabe einer causa eine bindende Verpflichtung herrufe, die stets dann zur Verurtheilung des Promittenten führen müsse, wenn dieser nicht einen besonderen Anfechtungsgrund darzuthun im Stande sei. Die Ausführung ist in keiner Weise selbständig, sondern meist wörtlich den Anmerkungen des Johannes Andreae zum speculum des Durantis (lib. II. tit. de confessionibus) entnommen. Aber aus zwei Gründen kommt ihr eine entscheidende Wichtigkeit zu, einmal weil der Glossator die für die Stipulation entwickelten Grundsätze ohne Bedenken auf das formlose Versprechen überträgt, und sodann, weil er die bei den Italienern äußerst bestrittene Frage nach der Selbständigkeit der Stipulation unbedingt zu Gunsten derselben entscheidet, obschon, wie er selbst andeutet, sein Gewährsmann Johannes Andreae der entgegengesetzten Ansicht sich zuzuneigen scheint. Schwerlich wird man hierin einen Einfluß der deutschen Rechtspraxis, welche dem abstrakten Versprechen unbezweifelte Klagbarkeit beilegte, zu verkennen im Stande sein.

Noch Zobel zieht in der Mitte des 16. Jahrhunderts aus S.Sp. I, 7 die Summe:

> „Aus schlechter blosser Zusag, die ahne Ursach geschicht,
> mag ein Man bißweilen auch klagen",

wobei jedoch in dem Worte „bißweilen" bereits die Einwirkung der italienischen Theorie sich zu zeigen scheint.

Wenn zuweilen auch in dieser Periode Schenkungsversprechen für unverbindlich erklärt worden sind, wie denn z. B. das Kaiserrecht Bch. II. c. 36 von dem Schenker, welcher das zu schenkende Objekt in seiner Hand behält und sich nicht von ihm scheidet, sagt:

> so en hat ers im nit gegeben, wan er hat ym schönen
> wan gemacht, und ist sicherlich betrogen,

so ist auf ein daraus etwa entnommenes Bedenken gegen die bindende Kraft abstrakter Willenserklärungen dasselbe zu erwidern, was bereits für die Zeit der Volksrechte ausgeführt wurde. Die Klagbarkeit des nackten Versprechens wird dadurch nicht gehindert, weil ein solches allen denkbaren Zwecken dienen kann, die That-

sache also, daß eine Schenkung beabsichtigt worden sei, von dem Promittenten erwiesen werden muß.

Daß das rechtlich Zulässige deshalb im Leben nicht auch das regelmäßig Vorkommende gewesen sein mag, daß vielmehr gewöhnlich bei Abschluß des Vertrages der mit demselben verfolgte weitere Zweck einen Ausdruck erhalten haben wird, ist sicher einzuräumen. Doch sind uns einige Fälle überliefert worden, welche darthun, daß die Annahme abstrakter Vereinbarungen sich keineswegs nur mit Gebilden einer theoretischen Phantasie beschäftigt. So beziehen sich mehrere der mit den ältesten Bremer Statuten verbundenen Ordele auf Gelöbnisse, Bekenntnisse, Handfesten, die eine ganz abstrakte Schuld zum Inhalt haben[51]), und nach dem Brünner Stadtbuch c. 677 wird das Zeugniß eines iuratus:

> bene recordor, reum confessum esse coram me, quod actori in pecūnia teneatur

nur deswegen für mangelhaft erklärt, weil der Betrag der geschuldeten Summe nicht angegeben ist.

Freilich handelt es sich an den angeführten Stellen zum Theile um Geständnisse, die sich auf eine bereits bestehende Schuld beziehen. Wo aber ein ganz allgemein gehaltenes Bekenntniß, welches über die Natur des Schuldgrundes keinerlei Auskunft gibt, zur Begründung eines Anspruches ausreicht, da darf man mit Bestimmtheit annehmen, daß auch das Versprechen nicht wegen seiner Abstraktheit angefochten werden kann. Auch scheint auf die Unterscheidung von Gelöbniß und Bekenntniß keinerlei Gewicht gelegt worden zu sein. So stellt das Soester Recht[52]) im §. 42 das confiteri und das promissionem facere presentibus duobus testibus als vollkommen gleichwerthig neben einander, und noch Zobel spricht in add. c. zu S.Sp. I, 7 abwechselnd von promissio und confessio.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich von selbst, welche Bedeutung dem Schuldschein beigelegt wurde. Stand fest, daß er von dem Verklagten herrühre[53]), so mußte er eine Verpflichtung begründen, auch wenn der Grund seiner Ausstellung nicht weiter ausgedrückt war, da der schriftlichen Willenserklärung offenbar nicht weniger Kraft als der mündlichen beigelegt werden konnte.

---

[51]) Vergl. ord. 16 (Oelr. p. 170), ord. 123 (p. 216).

[52]) Redaktion aus dem 13. Jahrh. Gengler, Dentsche Stadtrechte S. 440 ff.

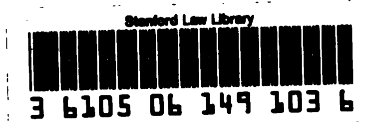
[53]) Ueber die Beweiskraft der Urkunden vgl. Stobbe l. c. S. 83 ff.

Auf die Fassung der Handfeste, ob sie die Form eines Versprechens oder eines Schuldbekenntnisses an sich trug, wird nach dem Gesagten wenig angekommen sein.

Zum Schluß noch ein Wort über einen einzelnen Fall contraktlicher Vereinbarung, der bis zum heutigen Tage für die Lehre von der bindenden Kraft des Willens eine wichtige Rolle gespielt hat, die Abrechnung. Schon früh finden sich Bestimmungen rücksichtlich der Uebereinkunft, durch welche die im Geschäftsverkehr mit einander stehenden Personen ihre gegenseitigen Ansprüche aufrechnen, um zu ermitteln, ob und was der Eine dem Andern etwa noch schuldig sei. Darüber freilich konnte kein Zweifel obwalten, daß wenn die Abrechnung zu einer Einigung über eine Restschuld des Einen geführt hatte, auf Grund derselben ohne jede weitere Bezugnahme auf die alten Schuldverhältnisse Klage erhoben werden konnte, und nicht dieses Resultates wegen, das als selbstverständlich überall vorausgesetzt wird, erwähnen die Gesetze die Abrechnung. Vielmehr ist es bald die Wirkung des Geschäftes, kraft deren es ein Zurückgreifen auf die abgerechneten Posten ausschließt, welche noch besonders bestätigt wird, bald ist es das Recht, eine Abrechnung zu verlangen, welches ausdrückliche Anerkennung findet. Unter jenem Gesichtspunkt spricht schon die lex Baiuvariorum von der Abrechnung, indem sie tit. XVII. cap. 3 anordnet:

> Si quis testem habuerit per aurem tractum de qualibet causa finita ratione et hoc confirmarit per testes, post haec non debet repetere nec inquietare illum a quo finivit rationem suam,

während das Recht auf Herbeiführung einer Abrechnung, einer „raitung", erörtert wird von dem Baierischen Landrecht c. 283 und 285, dem Baierischen Stadtrecht tit. occup. per viam (S. 333 ff.) cap. Wie man umb gelt raiten sol, und cap. An dem tag und raitung &c., dem Brünner Schöffenbuch c. 166. Letzteres legt zugleich in den Worten: Quia frequenter pro ratione seu compoto debitorum partes contendunt ein Zeugniß dafür ab, wie häufig das Abrechnungsgeschäft gewesen sei. Zu erwähnen bleibt nur etwa noch, daß das Baierische Stadtrecht l. c. zum Ueberfluß ausdrücklich davon redet, daß „ainer dem andern mit der raitung etwas schuldig wirt", und Bestimmungen trifft zur Sicherung der so eingegangenen Schuld.


Stanford Law Library
3 6105 06 149 103 6



